UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

LA PROTECTION DE L'ENFANCE

**Etude historique de la Puissance paternelle
et de la Condition de l'Enfant dans la Famille.
Le Service des Enfants assistés**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

Gaston BÉNÉCHIE

AVOCAT

TOULOUSE
G. MOLLAT, Libraire-Editeur
70, Rue de la Pomme, 70

1913

LA

PROTECTION DE L'ENFANCE

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

LA PROTECTION DE L'ENFANCE

Etude historique de la Puissance paternelle et de la Condition de l'Enfant dans la Famille. Le Service des Enfants assistés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

Gaston BÉNÉCHIE

AVOCAT

TOULOUSE
G. MOLLAT, Libraire-Editeur
70, RUE DE LA POMME, 70

1913

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. HAURIOU, ✲, Doyen, professeur de Droit administratif (licence), chargé du cours de droit administratif (doctorat).

CAMPISTRON, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit civil (capacité).

WALLON, professeur de Droit civil, en congé.

BRESSOLLES, professeur de Procédure civile, chargé du cours de Droit civil (capacité).

ROUARD DE CARD, professeur de Droit international privé et de Droit civil comparé.

MÉRIGNHAC, ✲, professeur de Droit international public, chargé du cours de Législation et Economie coloniales.

HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique (licence), chargé du cours d'Economie politique (doctorat).

FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime.

GHEUSI, professeur de Droit civil, en congé (député).

MESTRE, professeur de Législation française des finances et de Science financière, chargé du cours de principes de Droit public (doctorat).

EBREN, professeur de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit public et administratif (capacité).

DECLAREUIL, professeur d'Histoire générale du Droit français, chargé du cours d'histoire du Droit public français (doctorat).

POLIER, professeur d'Economie politique (licence), chargé du cours d'Histoire des Doctrines économiques (doctorat), en mission.

THOMAS, professeur de Droit romain, chargé des cours d'histoire du Droit français (doctorat) et d'histoire du Droit méridional.

CÉZAR-BRU, professeur, chargé des cours de Droit civil et de Législation et Economie rurales (doctorat).

MAGNOL, professeur de Droit criminel, chargé des cours de Science pénitentiaire et de Droit pénal spécial.

FLINIAUX, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain (licence) et du cours de Droit civil comparé (doctorat).

PERREAU, professeur, chargé des cours de Droit civil et de Législation et Economie industrielles.

DUGARÇON, docteur en droit, chargé du cours d'Economie politique (licence), de Droit public (licence) et d'Histoire des Doctrines économiques (doctorat).

SERMET, docteur en droit, interrogateur-examinateur.

BLAZY, docteur en droit, interrogateur-examinateur.

CLAVELIER, licencié ès lettres, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

Président de la Thèse : M. MESTRE.

Suffragants : MM. THOMAS.
BLAZY.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

AVANT-PROPOS

Une attention déjà ancienne, mais sans cesse croissante, a placé au premier rang des questions sociales, dont l'étude constante s'impose au législateur, le grave problème de la protection de l'enfance. On s'est préoccupé et l'on se préoccupe de plus en plus de la condition qui lui est faite dans l'état actuel de notre législation et, il faut bien le dire, de nos mœurs. On s'est ému du sort misérable de certains enfants et tandis que, suscitées par des philanthropes éclairés, des sociétés charitables se créaient pour y porter remède, de son côté le législateur, marchant dans la voie qu'on lui traçait, s'efforçait par une série de mesures d'organiser l'œuvre de protection, dont le besoin se faisait très vivement sentir.

Innocente et faible, l'enfance est d'autant plus

intéressante qu'elle est sans défense et parmi les misères humaines, il n'en est pas qui soit plus digne d'être secourue que celle qui la frappe. Au reste la question d'humanité et le devoir moral qu'elle engendre, se renforcent d'un devoir social rendu plus impérieux par le droit de l'enfant et l'intérêt même du pays.

Le premier des droits de l'individu, celui dont dérivent tous les autres, c'est le droit de vivre dans l'acception la plus large du mot. Sous la poussée du progrès, depuis longtemps a disparu le droit de vie et de mort sur la personne de l'enfant, droit barbare que l'on s'étonne de rencontrer dans une législation dont l'ensemble accuse un si haut degré de développement et qui par ailleurs, au point de vue de la propriété notamment, reconnaît à l'enfant une individualité propre, même avant sa naissance. Et, si la protection des biens est infiniment respectable, il faut reconnaître que celle de la personne a une portée autrement générale.

Ce droit de vivre que le seul fait d'une conception qu'il n'a pas désirée suffirait à légitimer, ne signifie pas seulement le droit à la vie individuelle, mais encore le droit à la famille. La faiblesse de l'enfant nécessite un ensemble de soins, une surveillance, une protection de tous les instants, qui incombe naturellement aux parents et qu'il ne saurait trouver qu'auprès d'eux. Si cette protection vient à manquer, il appartient à la Société, à l'Etat de remplir ces devoirs de famille

et de créer pour ces enfants une image de celle-ci à défaut de la réalité. La Société n'a pas le droit de se désintéresser d'une partie de ses membres. Elle doit à tous une égale protection. Son droit d'intervention, qui a soulevé tant de controverses et que l'on ne conteste plus aujourd'hui, repose sur un double fondement. Nul ne saurait soutenir que l'enfant, en tant que personne, n'ait des droits, qui, comme ceux de tous les citoyens, doivent être placés sous l'égide des lois; en outre, par une tradition séculaire, l'Etat, pouvoir souverain, est chargé de la protection des faibles et des incapables.

A côté du droit de l'enfant, il y a aussi l'intérêt du pays. Celui-ci se légitime par des causes multiples: conservation de la race, ménagement des forces en vue du service militaire, crainte du paupérisme et des charges d'assistance, qu'il entraîne pour la Société.

La richesse économique d'une nation est étroitement liée au nombre et à la qualité de ses habitants. Sans l'homme tout est stérile, car lui seul produit. L'Etat a donc besoin de beaucoup d'hommes. Sa richesse, sa force à l'extérieur, sa sécurité intérieure aussi sont en jeu.

Le problème de la protection de l'enfance emprunte un caractère particulièrement grave chez nous, à raison de la stagnation du chiffre de notre population et de l'augmentation de la criminalité juvénile.

Les causes de ce double fléau sont nombreuses. La recherche du bien-être restreint les naissances dans les familles, cependant que la débauche, l'alcoolisme et la misère physiologique, font chaque année de nombreuses victimes. La mortalité infantile est en effet le plus fort élément de la mortalité générale et l'Etat, qui doit veiller sur les enfants, réserve de l'avenir, en accroîtra le nombre plutôt en essayant d'enrayer la mortalité, qu'en s'efforçant d'augmenter directement le nombre des naissances. Il faut aussi élever ces enfants et lutter contre leur ignorance. « Que l'assiduité scolaire ne soit pas lettre morte, qu'on réprime celui qui néglige de faire instruire les enfants à l'égal de celui qui les prive de nourriture et l'on aura obtenu une victoire nouvelle, une victoire des plus décisives sur le fléau du paupérisme, phénomène naturel, infirmité de l'organisme social comme la goutte est une infirmité du corps humain. On peut ajouter qu'élever et instruire les enfants, c'est supprimer les misérables et comme l'indigence est le bouillon de culture du crime, emplir les écoles c'est vider les prisons (1). » La criminalité contemporaine, qui n'a guère cessé d'augmenter au cours du dix-neuvième siècle pré-

---

(1) Préface de M. Berthélemy, professeur à la Faculté de droit de Paris, au *Traité de l'Assistance publique* de Derouin, Gory et Worms.

sente comme caractère distinctif d'être incontestablement plus précoce, ce qui tend à la rendre plus tenace. Cette extension n'est pas d'ailleurs particulière à notre pays. C'est une plaie à peu près générale, contre les dangers de laquelle se sont formés des courants de réformes et de défense.

On est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que les facteurs les plus importants de la criminalité infantile ne sont pas les facteurs individuels — hérédité et impulsions propres — mais les facteurs sociaux dont le milieu et l'éducation sont les deux éléments principaux.

Or, pour l'enfant, le milieu social se confond presque complètement avec le milieu familial et l'on a constaté que si la famille n'est pas toujours la cause directe du mal, sa faiblesse et sa désorganisation l'en rendent très souvent responsable.

L'éducation est un moyen de lutter contre cette désorganisation, dont les causes peuvent être individuellement combattues, comme les maladies, la misère des parents, la promiscuité malsaine des logements ouvriers, leur insalubrité et aussi les exigences de la vie industrielle, qui retiennent à l'atelier le père et souvent la mère.

L'école, en effet, moralise l'enfant. Elle le retient, l'occupe, le discipline et par l'assiduité scolaire, on peut espérer tarir le vagabondage, qui est la première manifestation du mal, en quelque sorte le stage par lequel l'enfant passera presque toujours pour devenir un délinquant.

Il faut aussi réorganiser l'apprentissage que le développement de la grande industrie et du machinisme ont fait presque complètement disparaître, aidés en cela par l'égoïste insouciance des parents, qui, en vue d'un salaire immédiat, dirigent leurs enfants vers des métiers faciles, mais dangereux pour la moralité et sans aucun lendemain.

Le mal est, comme on peut le voir, considérable. Il est consolant de lui opposer les efforts des pouvoirs publics pour endiguer le double danger que nous venons de signaler.

Pour assurer la protection matérielle de l'enfant, on a complété les dispositions du Code pénal sur l'avortement et l'infanticide, sur la suppression, l'abandon et l'exposition d'enfants, sur les brutalités dont ils peuvent être victimes. On a fait des lois sur la protection du premier âge, sur la gratuité et sur l'obligation de l'instruction primaire. On a réglementé le travail des enfants employés dans l'industrie et les professions ambulantes. On a refondu les textes relatifs à l'assistance publique.

Contre la criminalité infantile, on s'est efforcé de réaliser la conception féconde de l'éducation préventive. L'enfant sort du droit pénal. Il ne saurait être question vis-à-vis de lui d'exemplarité ou d'intimidation, de répression ou de châtiment, mais d'éducation réformatrice. C'est le principe dont s'inspirent les récentes lois pénales (1).

(1) Lois du 19 avril 1898 sur la destitution du droit de

Comme on le voit, le problème de l'enfance est complexe et la protection, que lui accorde la loi, revêt des formes nombreuses. Non seulement l'enfant est protégé dans sa famille contre les abus de la puissance paternelle, mais cette protection s'étend hors de la famille. Elle le prend à la naissance pour le suivre jusqu'à la majorité.

Le cadre restreint de ce travail ne nous permet pas de traiter dans toute son étendue le domaine de cette protection. Dans l'étude historique que nous nous proposons d'entreprendre et qui ne concerne que l'enfance légitime, distinguant la condition de l'enfant dans le droit privé et dans le droit public, du droit privé nous retiendrons seulement ce qui touche à la puissance paternelle, non point pour un examen minutieux et critique des articles du Code civil la concernant, mais pour la prendre à l'origine des sociétés, la suivre à travers les différents états sociaux et pour assister aux transformations de son principe.

Pour ce qui est du droit public, délaissant la protection du premier âge, les lois scolaires, industrielles et pénales, ces dernières avec le double problème qu'elles s'efforcent de résoudre: protection de l'enfance victime et rééducation de l'en-

---

garde; du 12 avril 1906, qui élève la majorité pénale de 16 à 18 ans; du 22 juillet 1912, sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée.

fance, coupable seul, le service des enfants assistés, qui s'adresse à une population de près de 270.000 enfants, fera l'objet de nos développements (1).

Notre plan sera le suivant:

PREMIERE PARTIE

Le Droit Privé.

La Puissance Paternelle et la condition de l'enfant dans la famille.

Chapitre Premier. — *La Famille primitive.*
Chapitre II. — *Le Droit romain.*
Chapitre III. — *Le Droit germanique.*
Chapitre IV. — *L'ancien Droit.*
Chapitre V. — *Le Droit moderne.*

---

(1) Au 31 décembre 1910, la population des enfants assistés s'élevait au total de 266.951 enfants se décomposant ainsi:

Pupilles (enfants trouvés, abandonnés, orphelins, matériellement abandonnés)	170.058
Enfants secourus	91.405
Enfants en dépôt et en garde	5.486
	266.951

Voir *Journal Officiel*, 6 août 1912, Annexe, Services administratifs, p. 1023.

DEUXIEME PARTIE

Le Droit Public.

Le Service des Enfants assistés.

Chapitre Premier. — *Historique.*
Chapitre II. — *Notions générales.*
Chapitre III. — *Les Enfants à la charge du Service.*
Chapitre IV. — *Les Enfants secourus, en dépôt et en garde.*
Chapitre V. — *Les Pupilles de l'Assistance.*

Conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

Le Droit privé.

La Puissance paternelle et la condition de l'enfant dans la famille.

CHAPITRE PREMIER

La Famille primitive.

Ce serait une erreur de croire, comme on l'a soutenu, que la famille, du moins telle que nous la concevons aujourd'hui a été l'institution première, celle que l'on rencontre à la base des groupements humains. Les théories les plus récentes et les plus accréditées nous montrent au contraire qu'elle est un produit tardif de la vie sociale. Au reste, elle n'a pu être véritablement constituée que lorsque les éléments qui la composent ont été dégagés : le mariage, l'autorité du chef de famille et la propriété des biens transmissible par l'hérédité. Ces éléments accusent dans leur développement une marche parallèle.

A l'origine des sociétés, il est très vraisemblable, bien que cela soit contesté, que la promiscuité a été la forme sociale fondamentale. On la cons-

tate de nos jours encore chez les représentants les plus attardés de notre espèce, les Fuégiens et les Weddahs. Dans les associations qui se sont formées pour la recherche de la nourriture et aussi pour se défendre contre les dangers extérieurs, hommes et femmes vivaient sans être aucunement groupés.

L'instinct sexuel fut la première cause du rapprochement de l'homme et de la femme. Mais quoique l'instinct sexuel soit le plus énergique de tous les instincts, ces liaisons individuelles furent passagères. Il dure trop peu et se satisfait trop vite pour qu'on voie en lui le prélude de la famille. L'évolution sociale vers un but toujours plus élevé a été déterminée par des mobiles plus profonds et plus durables. Tout au plus, comme cela se produit chez les Boschimans, peut-on admettre que l'association se prolongea par la nécessité de nourrir l'enfant, nécessité impérieuse, car la condition essentielle pour chaque société humaine est de durer. C'est la loi de tous les êtres vivants. Mais, l'enfant élevé, l'association se dissolvait.

Une première évolution s'accomplit avec la communauté des femmes. Elle correspond à l'établissement de la propriété collective. Dans la horde les femmes occupent un camp séparé, parce qu'à ce moment de la vie sociale, il est établi qu'un homme ne saurait accaparer à son profit une femme de la tribu. Elle dura plus ou moins longtemps selon les races. S'il est très difficile d'affirmer

qu'elle a été universelle, on ne peut manquer de reconnaître son importance. La communauté des femmes concorde avec le matriarcat, car elle suppose que les enfants sont exclusivement rattachés à leur mère. Elle explique l'exogamie, car étant communes à tous les membres du groupe, l'appropriation de l'une d'entre elles était impossible. Et lorsque plus tard on eut admis le mariage, qui monopolisait l'épouse au profit du mari, le droit primitif des hommes de la tribu fut maintenu par les usages de la prostitution sacrée et du *jus primæ noctis* du seigneur, qui survivra jusqu'à la fin du moyen âge. Enfin en dehors d'elle, il est impossible d'expliquer la prépondérance de la parenté maternelle, dont Tacite a observé de nombreux exemples chez les Germains.

Cependant, dans l'intérieur du groupe, ayant pour origine le goût de l'homme et maintenues par la force contre les autres, des liaisons individuelles se formèrent. Si l'on songe d'autre part à la rareté des femmes, car, aux époques primitives, l'infanticide, par suite des difficultés de la vie matérielle, fut largement pratiqué, si l'on songe à l'accaparement de celles-ci par les vieux mâles, la pratique de la capture matrimoniale s'explique tout naturellement. Pour avoir des femmes, les jeunes n'eurent d'autres ressources que de s'en procurer au dehors. L'idée de propriété privée commence à se faire jour, elle s'affirme sur les objets, armes, ornements, dont la production était due à des

efforts individuels. Le droit de possession que le ravisseur a sur sa captive ne lèse les droits d'aucun membre du groupe, puisqu'il aurait pu la tuer. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant de voir coexister dans la même tribu la communauté des femmes et la capture matrimoniale. L'utilité que l'homme retire de la possession d'une esclave a dû développer particulièrement la pratique du rapt et le désir de la conserver d'une façon durable. Outre que par les enfants qu'elle lui donne, elle accroît l'influence du maître, dont le prestige augmente avec le nombre de personnes qu'il réunit autour de lui, elle prend soin des vivres qu'il apporte, prépare les repas, lorsque l'usage du feu a été connu, elle travaille aux champs, tandis que l'homme, à la recherche de nourriture, se livre à la chasse et à la pêche. Là est en effet la première forme de division du travail, celle que l'on observe chez les peuples primitifs. Ainsi le mariage tire son origine de l'esclavage et longtemps la capture simulée en demeurera le signe extérieur.

Une première classification s'est introduite dans la horde, basée sur la filiation utérine, la seule possible alors. Les descendants d'un ancêtre commun sont groupés en des clans, où l'on ne distingue encore aucun degré de parenté entre les individus. C'est la parenté par classes. Cependant à mesure que les générations se succèdent, le clan devient une classification insuffisante. Des corpuscules s'en détachent et comme, de même que la parenté, la

puissance est une force d'attraction, on voit dans ces sociétés primitives, où, en l'absence d'un droit social l'individu doit pourvoir lui-même à sa protection, autour de l'homme adulte assez fort pour se faire respecter, se former des groupements comprenant avec sa propre famille les personnes, qui, au prix de leur liberté, viennent volontairement se placer sous sa dépendance.

A la filiation maternelle, qui subsiste encore, se substitue la filiation paternelle. La communauté des femmes est de plus en plus abandonnée, la vie de ménage devient prépondérante avec la distinction des intérêts matériels du groupe et de ceux des individus. Le mariage tend à devenir une institution. Les croyances religieuses en posent les premières règles. La famille est constituée, non point telle que nous la voyons aujourd'hui, mais une association vaste et puissante qui groupe dans son sein un nombre considérable de personnes. Il le faut du reste si l'on songe qu'elle est alors l'unique forme de société et qu'elle est un petit Etat.

Ainsi peu à peu, insensiblement, s'est établi le patriarcat, car le propre des institutions humaines n'est point de disparaître brusquement. Elles s'effacent lentement non sans laisser de profondes empreintes.

Ce qui caractérise le régime patriarcal, qui, suivant l'expression de sir Henry Summer Maine, « se présente à nous au seuil de la jurisprudence primitive », c'est le caractère nouveau qu'accuse la

famille. La consanguinité, autrefois si puissante, ne joue plus qu'un rôle effacé et le lien essentiel de la famille se trouve être la puissance du chef de l'association. Cette évolution, dont on commence à percevoir les signes à l'époque précédente, a été accentuée par l'état de guerre presque continuel entre les tribus et par les conflits, qui, à l'occasion du bétail, des pâturages, se sont produits à l'intérieur de la communauté. Ceux-ci ont eu pour résultat de donner un chef à chaque groupe et ce chef a été tout naturellement le père, qui, à raison de son âge et de sa force, est le guide et le maître. Les causes économiques ont eu aussi leur part d'action. La propriété individuelle s'est étendue à tous les objets mobiliers, la terre seule reste indivise. C'est aussi le moment où les hommes sont passés de la vie nomade à la vie sédentaire, où ils sont devenus pasteurs et agriculteurs. Or, l'élevage et l'agriculture, celle-ci moins fortement toutefois que la première, ont eu pour effet d'accentuer le caractère agnatique du groupe. Il importe d'empêcher les membres de la famille de se séparer, car la division est une cause d'appauvrissement et de faiblesse. A ces influences, il faut ajouter celle que les croyances religieuses ont exercée. Le culte des ancêtres, dont le père est le seul pontife, a joué un rôle si considérable que certains ont vu en lui le principe constitutif de la famille antique. Si la religion n'est pas la cause première, puisqu'elle est elle-même une création de l'homme,

par son caractère particulier, domestique et exclusif, elle a façonné la famille. C'est par elle que s'explique « ce phénomène particulier au peuple romain, qui est unique dans l'histoire, de la persistance de ces institutions primitives et de ce gouvernement patriarcal jusqu'au sein d'une société avancée (1) ».

Dans ce régime patriarcal la puissance du père est absolue. Elle s'étend sur la vie et la liberté de tous ceux qui lui sont soumis. Il n'y a au-dessus de lui aucune autorité pour contrôler ses actes, C'est un pouvoir unique et de même nature qu'il exerce sur les membres de sa famille et sur les éléments de son patrimoine. On n'établit encore aucune différenciation selon les personnes qui y sont soumises et ce n'est qu'avec les progrès du temps et des mœurs qu'interviendront une distinction et une désignation sous des noms différents. Le chef de famille est donc proprement un souverain. Comme les esclaves et les bêtes de somme, les enfants ne sont que des instruments de travail, des sources de profit, que le père peut exploiter lui-même ou céder à un autre. Ils sont une propriété lucrative, et, incapables de posséder eux-mêmes, ils contribuent par leurs acquisitions personnelles à augmenter la richesse de la famille.

---

(1) GIDE. — *Etude de la condition privée de la femme.*

Le père peut se dispenser de leur entretien en les tuant, en les exposant, en les rejetant hors du groupe.

A cette autorité sans règle et sans limite, la religion apporta les premières restrictions. La coutume et la tradition s'imposèrent aussi au père. Il se sentit responsable devant l'esprit de famille. Les enfants et les femmes, en raison de leur faiblesse, profitèrent de ce progrès. Le mari n'osa plus tuer sa femme, le père châtier son enfant, sans les avoir accusés devant un conseil formé par les membres de la famille. Le besoin de justice fit que le patriarche devint rapidement un juge, dont les décisions étaient dictées par les usages. Il cessa dès lors d'être un maître absolu. Son rôle comme propriétaire des biens subit une transformation parallèle. Il ne fut plus considéré comme le propriétaire, mais comme l'administrateur du patrimoine de la communauté.

La famille antique est une petite société, qui, ayant son chef et pourvoyant elle-même à tous ses besoins, vit isolée. Il arriva que, soit par suite d'intérêts communs, soit pour résister à des coups de force, plusieurs chefs de famille s'unirent et contractèrent alliance sans rien abdiquer de leur souveraineté domestique. Le groupe (en Grèce phratrie, à Rome curie), constitué à l'image de la famille, eut ses divinités protectrices, ses rites religieux, sa justice et son gouvernement. Les phratries et les curies s'assemblèrent pour former des tribus

et enfin la cité. L'union fut tantôt volontaire sous la menace d'un danger extérieur, tantôt elle fut imposée par la force supérieure d'une tribu ou par l'ambition d'un chef. Mais dans ces diverses agrégations, aucun groupe ne perdait ni son indépendance, ni son autonomie. « La cité, nous dit Fustel de Coulanges, était une confédération. C'est pour cela qu'elle fut obligée, au moins pendant plusieurs siècles, de faire respecter l'indépendance religieuse et civile des tribus, des curies, des familles et qu'elle n'eut pas d'abord le droit d'intervenir dans les affaires particulières de chacun de ces petits corps. Elle n'avait rien à voir dans l'intérieur d'une famille; elle n'était pas le juge de ce qui s'y passait. Elle laissait au père le droit et le devoir de juger sa femme, son fils, son client. C'est pour cette raison, que le droit privé, qui avait été fixé à l'époque de l'isolement des familles, a pu subsister dans la cité et n'a été modifié que fort tard. »

En résumé, dans le lien famillial les enfants trouvèrent une première protection, mais cette protection était incomplète. « Tant qu'un Etat véritable, dit M. Flach, n'offre pas à tous une sauvegarde égale, l'individualité n'existe pas. L'individu est absorbé par le groupe. » La puissance sociale constituée entra en conflit avec cette autorité primitive et la soumit à son contrôle et à ses lois.

CHAPITRE II

Le Droit romain.

I. — La famille romaine. La religion domestique. La *patria potestas*. Le *paterfamilias*. Ses pouvoirs.

II. — La condition de l'enfant. Protection par les mœurs et les institutions. Le tribunal de famille. La *gens*. Le censeur.

III. — La protection des lois. Influence de la philosophie stoïcienne. Le christianisme. Les derniers empereurs romains.

I

La Famille romaine.

Le principe de la famille romaine n'est pas dans la naissance et dans la consanguinité, mais dans l'idée de puissance, d'autorité du chef sur les membres, qui, à des titres divers, la composent. La reli-

gion domestique lui a dicté ses premières lois, lui a donné une organisation définitive, et tout en demeurant une association de nature, elle est devenue une association religieuse, où le lien du sang s'est effacé devant le lien religieux, où la communauté du culte a fait la parenté (1). Les preuves abondent. La famille est uniquement formée des personnes, qui participent au même culte, aux mêmes cérémonies religieuses. Le mariage, *matrimonium justum,* n'existe que par l'initiation de la femme au culte de son mari. Le fils émancipé ne fait plus partie de la famille de son père, parce qu'il renonce au culte de ses ancêtres. Le fils adoptif sort de sa famille naturelle, parce qu'il s'initie à une religion nouvelle, celle de l'adoptant. Les lois successorales elles-mêmes, qui reflètent très fidèlement les conceptions d'une époque, sont établies d'après la participation à un culte commun.

La Religion domestique.

Quelles sont ces croyances religieuses, dont le rôle est aussi considérable dans la formation du droit romain primitif ?

---

(1) Dans les Sociétés primitives, en l'absence d'un pouvoir social constitué, c'est la religion qui a consacré et sanctionné les rapports de droit entre individus, qui a fourni la première législation et créé ainsi la première sécurité sociale.

On croyait que les morts continuaient à vivre près des hommes sous la terre, sans que l'âme et le corps fussent désunis dans la tombe. Mais pour que le mort pût vivre dans l'apaisement et le repos, il fallait qu'il ait été enseveli et que les cérémonies funèbres fussent accomplies. L'âme sans sépulture errait misérable, sans jamais pouvoir s'arrêter, sans jamais recevoir les offrandes dont elle avait besoin. Malheureuse, elle persécutait sous la forme de larve ou de fantôme les vivants oublieux et impies (1). Aussi la mort était-elle moins crainte que la privation de sépulture, car il y allait du bonheur et du repos éternel.

Dans cette seconde vie, le mort continuait à éprouver les mêmes sentiments, les mêmes besoins que pendant son séjour sur la terre. Aussi sur l'autel, qui se dresse devant chaque tombeau, la famille apporte les aliments et les boissons, qui calmeront la faim et qui apaiseront la soif.

Ces croyances déterminèrent de très bonne heure une religion de la mort. Le soin d'enterrer ceux qui n'étaient plus et de déposer sur leur tombeau les chairs et les breuvages, ne fut pas abandonné au caprice des hommes et devint obligatoire. Cette obligation revêtant un caractère reli-

---

(1) De là est venue la croyance aux revenants. — Fustel de Coulanges : *La Cité antique*, livre I, p. 10.

gieux, les morts devinrent des êtres sacrés, des divinités, protectrices envers qui les honorait, malfaisantes envers qui les oubliait, et leur culte s'établit.

Au culte des morts, on avait, dès la plus haute antiquité associé le culte du feu sacré, qui, au reste, paraît n'en avoir été que le symbole. D'après un usage très ancien, les morts étaient ensevelis dans les maisons et il est très probable que le feu, dont la flamme représentait leur âme vigilante, était entretenu pour les honorer. Ce feu n'était pas un être inanimé, mais un dieu à qui « l'on offrait des fruits, de l'encens, du vin et dont on réclamait la protection, car on le croyait puissant » (Fustel de Coulanges). On l'identifiait avec les ancêtres vénérés puisqu'on lui donnait les mêmes noms (*larum focorumque familiarum*); il représentait aussi la famille, puisqu'on disait indifféremment: foyer éteint, famille disparue. Plus tard on le personnifia et il fut adoré sous le nom de Vesta (εστία, foyer).

Adoration des morts et culte du foyer, tels ont été les éléments de la religion des premiers Romains, où chaque famille a ses dieux, qui ne sont point ceux des autres familles, son foyer, sa religion, dont les étrangers sont sévèrement exclus. Ainsi s'explique le particularisme de cette religion domestique, qui, se transmettant par la génération, ne se propage que de mâle en mâle par l'effet d'une croyance commune à tous les peuples primitifs

que, « seul, le père possède le principe mystérieux de l'être et transmet l'étincelle de vie (1) ».

La Patria potestas.

Etant donnée la force de ces croyances, le caractère religieux de la *patria potestas* n'a rien qui doive nous étonner. Toutes les institutions familiales, mariage, propriété, droit de succession, autorité paternelle, en ont reçu une très forte empreinte, et, comme nous l'avons dit, ce n'est point dans la loi naturelle, qui veut que l'enfant ait un protecteur, un soutien, qu'il faut chercher l'origine de l'institution que nous étudions. Ce qui le montre, c'est que le fils, né du concubinat, n'est relié à celui qui l'a engendré par aucun lien de subordination et d'autorité, car entre eux il n'y a pas cette communauté religieuse, que seul le mariage sacré peut produire. Si l'intérêt de l'enfant, les soins et la protection que nécessite sa faiblesse, avaient été la condition de la puissance paternelle, cette autorité aurait dû avoir un terme, la majorité. Il en est ainsi dans nos droits modernes. A Rome au contraire, tant que le père vit, tant qu'il célèbre le culte des ancêtres, le fils lui est soumis

(1) FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*, livre I, p. 38.

et cette subordination est telle que ni le mariage, ni la descendance n'y mettent fin.

S'il est vrai que les institutions se modèlent sur les mœurs et les croyances, cette sujetion sans fin du fils n'aurait dû logiquement durer qu'autant que la vieille religion domestique fut en pleine vigueur. Cependant à Rome, le fils fut toujours en puissance, et longtemps après que les antiques croyances sur lesquelles elle s'appuyait, furent tombées en désuétude, la *patria potestas* conserva ses caractères primitifs. La raison en est qu'elle fut aussi une institution politique.

Si l'on songe que les fondateurs de Rome, comme nous l'apprennent les historiens, furent des aventuriers accourus de tous côtés, n'apportant ni droit commun, ni coutumes politiques, on voit quelle base large et solidement assise, la famille, association puissante et difficile à entamer, pouvait fournir à la société qui se fondait.

Loin de chercher à désagréger ce noyau puissant, que les nécessités de l'existence, les mœurs et les religions avaient fait, le premier législateur de Rome s'attacha à fortifier la *patria potestas,* à absorber en elle toute la famille, non sans soumettre le père lui-même à une dépendance très étroite vis-à-vis de l'Etat. Par là, il assurait la cité contre les querelles intestines et contre les dangers du dehors et faisait servir au maintien de la constitution, qu'il avait conçue, une institution qui ne tirait point de la loi son origine et sa force. Les

pouvoirs exorbitants dont le père disposait, furent consacrés, affermis et la famille fut l'école où l'on apprit dès l'enfance à se plier à ce principe d'autorité, sur lequel, dit Ihering, repose tout le droit privé des Romains (1). Au reste la *patria potestas* était en parfaite harmonie avec les mœurs romaines, avec cette discipline rigoureuse, qui leur fit sacrifier toutes les libertés individuelles à la grandeur de l'Etat (2).

Le Paterfamilias. — Ses pouvoirs.

Dans cette royauté domestique, où la *patria potestas* s'étend avec une durée anormale sur les fils et les petits-fils, le *paterfamilias, ultimus genitor,* est seul investi de cette autorité souveraine, que le pouvoir social consacre et que la religion a revêtu d'un caractère sacré (3). Le père n'est pas seulement celui qui transmet la vie, il représente les ancêtres, il est le lien qui les unit à la postérité.

---

(1) IHERING. — *Esprit du droit romain*, tome II, livre II, ch. III, § 35.

(2) Sur l'omnipotence de l'Etat, comparez Fustel de Coulanges, *opt. cit.*, ch. XVIII.

(3) Quoi qu'elle occupe dans la société un rang élevé, qu'elle soit dans la famille presque l'égale de son mari, ainsi que le montrent les textes et notamment la formule sacramentelle, qui unissait les époux : « *Ubi tu Gaïus, ego Gaïa* », la *mater-*

Il préside aux cérémonies, il célèbre les sacrifices, il dit les prières au nom des siens. « Le nom, dont on l'appelle, *pater,* porte en soi de curieux enseignements. L'idée de paternité ne s'attachait pas à ce mot. La vieille langue en avait un autre, qui désignait proprement le père, et qui est aussi ancien que *pater, genitor.* Ce mot *pater* exprimait l'idée de puissance, d'autorité, de dignité majestueuse. On l'appliquait à tous les dieux dans la langue religieuse et dans la langue du droit à toute personne qui avait autorité sur une famille et sur un domaine (1). »

Dans l'intérieur de la famille, il est chef religieux, administrateur de la propriété familiale et juge. Ce sont là les attributions, qui intéressent le droit privé, tel qu'on l'entendait alors (2).

Comme chef religieux, le père est souverain maître de la religion domestique. Il règle à son gré le culte des *sacra privata.* A ce point de vue, il n'y a pas de pouvoir supérieur au sien. La cité ne peut intervenir, sauf l'approbation donnée par les

---

familias ne partagea jamais la puissance paternelle, parce qu'elle ne représente pas les ancêtres et qu'elle ne descend pas d'eux. Mariée, elle est *in manu mariti*; hors du mariage, elle est sous la tutelle de ses agnats.

(1) FUSTEL DE COULANGES. — *Opt. cit.*, p. 97.

(2) Les pères de famille étaient, en outre, au point de vue du droit public, chefs militaires et associés au gouvernement, car seuls ils avaient le droit de vote dans les assemblées.

pontifes aux cérémonies de la religion familiale. Chargé de veiller à la transmission du culte de la famille, dont il doit assurer la perpétuité, puisque les notions de foyer et de famille sont étroitement liées, il lui appartient de choisir ceux qui seront, après lui, les continuateurs de la religion domestique.

De là, le droit pour le père de reconnaître l'enfant à sa naissance ou de le répudier. Ausi, dès qu'il vient de naître, l'enfant est apporté au père, qui, s'il le croit légitime et le trouve bien conformé, le prend et le présente au foyer (1). Le nouveau-né, que le père repousse, est tué ou exposé. Cette cérémonie seule, tant le lien du sang compte pour peu de chose, fait entrer l'enfant dans la famille, à laquelle jusque là il était étranger. Romulus apporta à cette règle un premier adoucissement en forçant le père à élever tous ses fils et sa fille première née, en défendant de tuer les enfants à moins qu'ils ne fussent monstrueux ou mutilés. La ville naissante avait, en effet, besoin, en ce temps de guerres presque continuelles, d'une population mâle nombreuse.

Le père peut aussi, au cas de stérilité ou d'adultère, répudier sa femme, car la famille ne doit pas

---

(1) Nous trouverons semblable pratique chez les Germains, tant il est vrai, quoi qu'on ait dit, que les sociétés primitives ont parcouru les mêmes stades d'évolution.

s'éteindre et il faut en outre qu'elle soit pure de toute altération qui attirerait sur elle la colère des dieux.

Le fils et la fille ne peuvent se marier sans le consentement du père, puisque la descendance de celui-là est appelée à hériter des formules et du culte des ancêtres et puisque pour celle-ci, le père, seul, peut céder la puissance qu'il possède sur elle.

Maître de composer la famille à son gré, le père peut adopter un étranger, qui y prendra le rang et les droits d'un fils par le sang (1). Il peut aussi exclure son fils de la famille en l'émancipant ou en le donnant en adoption.

Le Paterfamilias maître et administrateur du patrimoine.

La propriété, surtout chez les premiers Romains, parce qu'elle est étroitement unie à la notion du foyer, a un caractère religieux. La famille se fixe là où est le foyer. L'emplacement où il s'élève ap-

---

(1) L'adoption est à l'origine un acte religieux, qui a pour but de donner au *pater*, qui n'en avait point, un *heres suus*. Ainsi il évitait la déchéance morale qui s'attachait à celui qui, faute d'un héritier sien, laissait s'éteindre la famille et privait les ancêtres du culte qui leur était dû. Il y avait deux formes d'adoption suivant que l'adopté était ou non *sui juris*. *Sui juris*, c'était l'*adrogatio*, où, à raison de la gravité de

partient aux dieux lares et comme cette appropriation est perpétuelle, la propriété aura ce caractère. Ainsi s'explique un des traits les plus marquants du droit privé des Romains, la perpétuité de la propriété quiritaire.

La propriété n'est pas à l'origine un droit individuel, mais un droit de famille, qui appartient à tous ceux qui prononcent les même prières autour du foyer. Elle est inaliénable et cette inaliénabilité est tellement entrée dans les mœurs, que la terre ne peut servir de gage aux créanciers. Un délit ou un quasi-délit commis par un membre de la famille ne peut avoir de répercussion sur le patrimoine et suivant cette conception qu'il eût été injuste que le *paterfamilias,* responsable en droit, eût à souffrir *ultra corporum ipsorum* des fautes commises par les siens, on admit, s'il désavouait le coupable, qu'il pourrait le livrer à la victime du délit, soit pour une réparation par le travail, si le délit peut s'évaluer pécuniairement, soit pour le supplice, si l'acte commis exige du sang.

---

l'acte qui s'accomplissait, puisque une famille et un culte s'éteignaient, l'adrogé renonçant à ses propres *sacra*, la cité entière intervenait par ses pontifes et par les comices curiates qui rectifiaient l'acte d'adrogation. Si l'adopté était une personne *alieni juris*, le consentement même tacite de l'adopté suffisait, car l'acte était moins grave tant au point de vue religieux que social.

C'est l'abandon noxal, qui se faisait par la mancipation (1).

Le père, à raison de son autorité, a l'administration et l'usufruit du patrimoine familial, de même que, seul, il put acquérir ou aliéner, lorsque la vente du domaine fut permise (2). Les membres de la famille ne sont en définitive que des instruments d'acquisition. Ils ne peuvent rien posséder en propre et tout ce qu'ils acquièrent profite au père. *Quidquid acquirit filius patri acquirit.*

Le Père juge domestique.

« La famille romaine, dit Ihering, par sa constitution même, par son origine religieuse, par le mystère de ses *sacra,* se distingue par le caractère de concentration intérieure et d'occlusion extérieure (3). » Elle est un monde fermé, dont l'unité

---

(1) La mancipation était une sorte de vente fictive, qui s'opérait par *æs et libram.* Elle diffère de la vente, en ce que le père, tout en s'engageant à laisser l'*accipiens* profiter des services du *mancipii* ne renonçait pas pourtant à la puissance paternelle. Elle n'était au fond qu'un état de fait dont les conséquences juridiques disparaissaient lorsque le *mancipium* prenait fin. Au reste le retour du cens, c'est-à-dire l'inscription du fils sur le registre des citoyens, annulait les effets de la mancipation et replaçait le fils sous la *patria potestas.*

(2) Voir sur ce point Fustel de Coulanges, pp. 74 et 75.

(3) IHERING. — *Esprit du droit romain,* tome II, livre II, ch. III, § 36.

et la discipline sont assurées par l'autorité du *pater* et qui ne communique avec le dehors que par son chef. Nous savons que le pouvoir social, loin de s'effrayer de la puissance du père, en favorise le développement et puisqu'il ne peut avoir accès dans la maison, il en abandonne le gouvernement au *paterfamilias,* le rendant responsable de ce qui s'accomplit à l'intérieur de sa demeure. Voilà pourquoi la loi lui reconnaît sur les membres de sa famille un pouvoir absolu, dont une loi des XII Tables donne la formule brutale: « *Endo liberis jus vitæ necisque venumdandique potestas ei esto.* » Mais cette autorité qu'il exerce comme une délégation reçue de la cité, n'est pas un pouvoir qu'il peut arbitrairement exercer. C'est un devoir ou mieux une fonction.

Pour faire régner la discipline et réprimer les délits domestiques, le père dispose de moyens de correction très énergiques, dont les punitions corporelles pouvant aller jusqu'à la mort, la vente comme esclave (*trans Tiberim*), l'exhérédation sont les principaux. Mais toute répression doit être justifiée par une faute, tout châtiment se proportionner à la gravité du manquement. Et pour éviter l'arbitraire et la tyrannie, la religion, les mœurs, l'institution d'un tribnual domestique et plus tard la censure vinrent apporter un contrepoids à cette autorité en apparence illimitée.

II

La Condition de l'Enfant.

Si, à l'origine, le *dominium,* la *patria potestas* et la *manus* sont des pouvoirs de même nature et de même étendue, ne différant que par les personnes auxquelles ils s'appliquent, une différenciation n'a pas tardé à se produire entre eux, en même temps qu'on leur donnait des appellations distinctes. C'est ainsi qu'à l'époque des XII Tables par exemple, il n'est plus exact de dire que l'enfant est comme l'esclave la chose du père. Sans doute dans le cercle de la famille, sa personnalité est absorbée par celle du *pater,* sans doute celui-ci peut le jeter en prison, le frapper du fouet, le tuer, mais hors le cas de vente comme esclave, le père ne peut porter atteinte à son état d'homme libre, d'ingénu. Il y a entre le *dominium* et la *patria potestas* cette différence que l'esclave est proprement une chose, l'enfant une personne, et tandis que le *pater* peut transmettre son droit de propriété sur celui-là, il ne peut transférer à personne la *patria potestas* qu'il possède sur celui-ci. La puissance paternelle est intransmissible, parce qu'elle est d'une nature autre (1).

---

(1) Ce qui le prouve c'est que, lorsque le père réclamait

Cependant il y a une grande analogie entre la condition de l'enfant et celle de l'esclave, du moins par rapport au *paterfamilias,* car vis-à-vis des tiers l'incapacité légale du fils est relative, alors que celle de l'esclave est absolue.

Le *filiusfamilias* peut valablement contracter obligation civile, sauf les difficultés qui surgiront lorsqu'il faudra exécuter l'obligation, car, d'une part, s'il peut rendre meilleure la condition de son père, il ne peut la rendre pire, et d'autre part, étant *in potestate,* il ne possède rien en propre (1).

Quant au droit *d'ester* en justice, il ne peut originairement figurer en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur, puisqu'il n'a par lui-même aucun droit et que le *pater* est devant le tribunal le représentant des siens. Cependant la justice prétorienne corrigea ce que le droit avait d'excessif et le fils de famille put sous certaines conditions exercer des actions ayant un caractère

---

son fils par l'action en revendication, la formule indiquait qu'il le réclamait comme père et non comme propriétaire.

(1) Mais le créancier ne perd pas le droit de poursuivre et son obligation inefficace pour le moment aura plein effet le jour où le *filius familias* deviendra *sui juris.* D'ailleurs la règle de droit en vertu de laquelle *qui in nostra potestate est, nihil suum habere potest* ne put être longtemps maintenue dans sa rigueur première et lorsque la colonisation, le commerce eurent développé la richesse mobilière, on permit au fils d'être propriétaire de certains biens (pécule *castrense, quasi-castrense*).

pénal, comme la réparation d'une injure, et plus tard certaines actions nées de contrats et de quasi-contrats (1).

La protection de l'enfant par les mœurs et par les institutions.

Les relations familiales n'ont pas eu la rudesse que laisse supposer la rigueur des textes et la maison romaine n'est pas, ainsi qu'on l'a prétendu, une prison, où femmes, enfants et esclaves tremblent sous l'autorité despotique du père. Comme le fait remarquer Ihering, « il n'y eut jamais un droit dans lequel la formule abstraite de ce qui pouvait ou devait arriver s'écartât autant de ce qui arrivait en réalité. Le Romain au dehors, dans la vie des affaires comme dans celles de la politique et le Romain dans l'intérieur de la famille sont deux hommes bien différents. Là, il ne connaît pas la pitié, l'égoïsme romain poursuit sans égards la voie qu'il s'est tracée. Dans la famille, au contraire,

(1) L'incapacité civile du fils *in potestate* n'entraîne pas son incapacité quant au droit public. Non seulement il a le *jus suffragii*, tout au moins dans les comices par tribus où l'on vote *viritim*, par tête, mais encore il peut être investi d'une fonction publique. Magistrat, il devient *sui juris*, du moins tant qu'il reste en fonction. Le père n'a pas de droit sur lui, car l'*imperium* suspend le *patria potestas*.

nous apprenons à le connaître sous un jour qui nous réconcilie avec lui (1) ».

Si la *patria potestas* est, en droit, absolue et si elle conserve jusqu'à la fin de la République cet absolutisme, qui a fait dire à Gaïus qu'elle est une institution purement romaine et qu'on ne saurait trouver ailleurs, une surveillance, un contrôle sont exercés sur elle, qui en limitent les abus. Par la force même des choses, l'autorité du père appelait un contrepoids, qui, pour n'être pas inscrit dans la loi n'en fut pas moins efficace. Au reste, c'est une conception bien romaine que les pouvoirs reconnus par les textes à un individu ne doivent pas par crainte d'un excès possible être restreints juridiquement, mais que l'arbitraire doit être évité de tout autre façon, par la création d'organes chargés d'exercer la police des mœurs.

Les mœurs et les usages non seulement protégèrent l'enfant, mais leur action eut en plus cet effet de dégager la notion d'obligations du père envers le fils, obligations purement morales, que l'on désigne par l'expression d'*officium pietatis,* mais de l'inexécution desquelles le père sera rendu responsable. Les devoirs d'entretien et d'éducation, que la loi ne consacre pas encore, sont pour le moment sanctionnés par le droit de contrôle

---

(1) IHERING. — *Esprit du droit romain*, tome II, livre II, ch. III, § 37.

de la famille, puis par celui de la *gens,* plus tard enfin par celui de la cité représentée par le censeur.

Le tribunal domestique.

Les mauvais traitements, les actes de cruauté injustifiés, en un mot les abus manifestes de puissance exposent le père, alors même qu'il en eût le droit strict, à une réprobation du censeur. Il court le risque d'être traduit par un magistrat devant le peuple, assemblé en comices, qui le juge non point d'après la loi, mais selon l'équité, en appréciant sa conduite passée, en recherchant son intention. Son autorité n'est donc pas sans danger, aussi de bonne heure voit-on le père s'entourer d'un conseil de famille, dont la présence offre une garantie de justice. Ce conseil de famille, dont Ihering dit qu'il constitue l'entourage moral du *pater,* emprunte à la coutume, dont il tire son origine, une incertitude qui se traduit dans sa composition. Le père y fait entrer d'une façon générale tous ceux dont il a à craindre la vengeance, agnats, cognats, amis, quelquefois même des étrangers de haut rang.

La consultation de ce *concilium* n'est pas pour le *pater* une obligation au sens juridique du mot, puisqu'il n'en est question nulle part dans les textes, mais il est dangereux de s'y soustraire. En s'abstenant de le consulter, il s'expose au soupçon

de n'avoir pas osé lui soumettre le cas et il court le risque d'être blâmé par le censeur pour cette violation de coutume.

Le plus souvent le conseil, dont l'avis ne lie pas le *pater,* est réuni lorsqu'il s'agit de l'exercice du *jus vitæ necisque* sur les femmes et sur les enfants. Mais la coutume avait élargi l'intervention du tribunal domestique, en sorte qu'il intervenait dans les événements importants qui se produisaient au sein de la famille.

Le contrôle de la gens.

On a beaucoup discuté la nature et le bien de la gentilité. On a prétendu qu'elle ne serait que l'expression d'un rapport de clientèle entre plusieurs familles. On a même contesté que la famille soit la base de son principe pour ne voir en elle qu'une association politique factice. Selon les opinions les plus autorisées, la *gens* paraît avoir été, comme l'indique son nom, *genus,* une association naturelle et politique, formée par la réunion des diverses branches d'une même famille descendant d'un auteur commun et dont la parenté, soit naturelle, soit civile, remonte très loin.

Les deux caractères, familial et politique, qui la distinguent, se croisent, s'influencent mutuellement au point qu'il est très difficile de les distinguer. Sous l'angle où nous sommes placés,

la *gens* est un groupement, où chaque associé étant l'égal et non le sujet des autres, un double courant de relations s'établit entre les *gentiles.* D'une part chaque gentil a le droit d'exiger de la *gens* secours et protection, d'autre part la *gens* se réserve le droit de contrôler l'existence entière de l'individu. C'est ainsi qu'elle intervient dans tous les actes importants de la vie, comme la prise de la toge virile, les fiançailles, qu'elle pourvoit à la tutelle de l'incapable, que les plus proches parents laissent sans soins et qu'elle surveille la gestion du tuteur (1).

L'enfant trouve protection dans la *gens,* qui, gardienne du bon renom du groupe, exerce sur chacun de ses membres un pouvoir censorial, permettant de restreindre très efficacement la liberté en théorie illimitée du chef de famille.

La Censure.

Tant que le caractère aristocratique, qui faisait la force de la *gens,* fut tout puissant, elle exerça la police des mœurs au sein des familles, qui la constituaient. Lorsque les plébéiens eurent par la la Canuleïa (409 *ab Urbe condita*) acquis le droit

---

(1) IHERING. — *Esprit du droit romain,* tome II, livre II, § 37.

de *connubium* avec les patriciens, la *gens*, qui peu à peu avait perdu son unité première, se démembra et par l'institution de la censure, la cité pénétra dans la famille jusque là fermée à toute influence extérieure. Ce ne fut pas pour affirmer encore le droit de l'individu en face des droits du *paterfamilias*, mais pour faire respecter l'idée d'*officium pietatis*, de devoir naturel, qui, en dépit des conceptions religieuses et d'une législation rigoureuse, subsistait au fond de la puissance paternelle. Dès lors, la *patria potestas* cessa d'appartenir au droit privé pour entrer dans le droit public. La cité hérita tout naturellement du rôle de protection envers l'enfant assuré par les organes familiaux et dans le fils de famille, on protégea le citoyen « *quem pater non solum sibi sed patriæ susceperat* ».

L'autorité des censeurs eût pour l'enfance d'heureux effets, quoique le contrôle qu'ils exerçaient sur les *patresfamiliarum* n'eût pas de sanction juridique. La *nota censoria* était une flétrissure, à laquelle le Romain s'exposait d'autant moins qu'il appartenait à ces magistrats de dresser tous les cinq ans la liste des citoyens, qu'ils répartissaient en diverses classes non seulement d'après la fortune, mais aussi en tenant compte de leur réputation de moralité (1).

---

(1) Il convient de noter aussi l'influence de la législation prétorienne dans l'œuvre d'émancipation des fils de famille.

III

La Protection des Lois

Si, durant l'évolution que nous venons de marquer, la *patria protestas* est demeurée ce qu'elle était à l'origine, une institution religieuse et politique, dont la base est le culte des ancêtres et le but le maintien de l'unité domestique, cependant son horizon s'est considérablement élargi. Les rapports du père et du fils se sont extériorisés et si celui-là a encore tous les droits, celui-ci est protégé vis-à-vis de la puissance paternelle d'abord par le tribunal de famille et par la *gens*, ensuite par l'Etat. Cette protection est une protection de fait, qui n'intervient que pour réprimer les excès manifestes de l'autorité du père. La protection par

---

Pour être moins directe, elle n'en eût pas moins son efficacité. En déclarant que l'émancipation ne saurait à elle seule faire perdre la qualité d'hériter, le prêteur obligea le père à exhéréder formellement ses fils émancipés pour les exclure de la succession. Mais toute exhérédation dut être justifiée et il fut permis au fils illégitimement exhérédé d'attaquer le testament à la mort de son père par la *querela inofficiosi testamenti*. Enfin, sans rompre brutalement avec le droit civil qui refusait toute action au fils *in potestate*, le prêteur donna à l'enfant le moyen de contraindre son père au paiement de l'obligation alimentaire.

le droit n'eut pas à se produire tant que les mœurs suffirent à maintenir dans ses limites naturelles la *patria potestas.* Mais lorsque les vertus domestiques, qui en avaient tempéré la rigueur, disparurent, lorsque la décadence des mœurs fit oublier au père tous ses devoirs, les abus furent si criants qu'il fallut la restreindre non plus par des usages, comme on l'avait fait jusque là, mais par des lois. Ces réformes législatives sont l'œuvre des empereurs et elles se poursuivront jusqu'à la chute de l'empire romain.

Les premières manifestations du contrôle de l'Etat dans la famille ne sont protectrices de l'enfance que par ricochet. Dans la période qui va du principat d'Auguste à l'avènement des Antonins, la question de cette protection ne paraît pas s'être posée. La loi Julia, qui a pour objet la répression de l'adultère, transforme ce délit, jusque là privé et justiciable de l'autorité du *pater,* en un délit public. Ce texte est intéressant en ce qu'il nous montre que par suite de l'affaissement des mœurs et des croyances religieuses, l'action de la loi est amenée à se substituer à celle, indolente ou avilie, du chef de famille.

La loi Pappia Poppea — *de maritandi ordinibus* — essaie de rendre au mariage un peu de sa dignité primitive et elle permet au *filius* d'en référer au magistrat du refus du *pater* de consentir à son mariage.

Influence de la philosophie stoïcienne

Avec les Antonins, la législation accuse un esprit nouveau qui l'achemine vers le droit naturel, vers l'émancipation de l'individu et une protection de plus en plus efficace de l'enfance. Les idées d'humanité et de charité pénètrent dans le droit et en fléchissent l'antique rigueur. L'idée de devoir que contient la *patria potestas* s'affirme avec force et reçoit sa consécration législative. « *Nam patria potestas debet in pietate et non in atrocitate consistere* ». disent les jurisconsultes. Tous les droits que la puissance paternelle confère au père sont successivement passés en revue et reçoivent des limitations.

C'est d'abord le droit de correction. Trajan « *propter necessitatem solvendæ pietatis* » oblige un père à émanciper son fils victime de mauvais traitements. Hadrien condamne à la déportation dans une île un père remarié, qui, soupçonnant son fils d'adultère avec sa seconde femme, l'avait tué à la chasse, parce que, dit l'empereur, il a agi non comme un justicier mais comme un brigand. Ainsi le *jus vitæ necisque,* s'il existe encore juridiquemnt, tombe peu à peu en désuétude, à mesure que les pouvoirs publics en contrôlent plus minutieusement l'application. Au IIIe siècle après J.-Ch. il semble même avoir disparu. On va plus loin, une constitution d'Alexan-

dre Sévère oblige le *pater familias,* lorsque le moyen de correction présente un caractère de gravité exceptionnelle, à obtenir du magistrat ratification de la décision qu'il se propose de prendre contre l'enfant.

Si, contre l'exposition des enfants rendue fréquente par les misères d'une époque troublée par les désordres de la guerre civile, on ne trouve pas encore dans la législation des textes qui la prohibent, on reconnait que la seule *patria potestas* ne saurait la justifier. Paul l'assimile à un meurtre : « *necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et is qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiæ exponit, quam ipse non habet* ».

La vente en esclavage n'a plus lieu à l'époque où nous sommes. La vente *in mancipio,* soit pour un louage de services, soit pour abandon noxal, est devenue très rare. Cependant malgré les efforts d'Antonin, qui déclare l'acte illicite et malhonnête, les parents recourent à la vente de leurs enfants pour se procurer des ressources, et bien que répréhensible en morale, elle se légitime « *contemplatione extremæ necessitatis* (1) ». Dioclétien la prohibe d'une façon formelle, mais il en résulta

---

(1) Antonin permit à l'enfant vendu de revendiquer sa liberté par la *causa liberalis.*

un tel accroissement d'infanticides que Constantin dut la permettre sous certaines conditions.

Quant à la mise en gage, si on n'osa pas la supprimer en droit, du moins s'efforça-t-on de décourager les créanciers qui seraient tentés d'accepter une garantie de cette nature en les menaçant de la rélégation. Dioclétien compléta cette disposition en prononçant la nullité absolue de l'acte, mais il n'édicta pas de peine ni de déchéance contre le père.

Enfin Marc Aurèle permit au fils *in potestate,* qui par la loi Pappia Poppea pouvait en appeler au magistrat du refus du *pater,* de se marier pendant l'absence ou la captivité de son père, sans que celui-ci pût à son retour faire rompre le mariage contracté sans son consentement. Il fut aussi décidé que le *paterfamilias* ne pourrait plus à son gré divorcer son fils.

Influence du Christianisme. Les derniers empereurs romains.

Les empereurs des IIme et IIIme siècles se sont efforcés, non par des dispositions de voie générale, mais par des décrets et des rescrits visant des cas particuliers, de faire entrer dans le droit civil les idées d'humanité, de respect de l'individu, que la philosophie stoïcienne enseignait. Des conceptions plus hautes, plus larges transforment les croyances primitives et l'influence du christianisme va

précipiter cette évolution, qui, si elle n'aboutit pas à fixer sur des bases nouvelles le droit de famille et la *patria potestas*, du moins les modifie dans les plus importants de leurs principes.

Reprenant l'œuvre de ses prédécesseurs, Constantin s'efforça, en vue de diminuer les abandons d'enfants, de soulager par des secours publics la misère des parents, que l'indigence contraignait à cette extrémité. Ceux-ci étant restés sans effet, il édicta la déchéance absolue du père exposant et il mit à l'abri de toute revendication ultérieure celui qui avait recueilli l'enfant. Justinien ira plus loin encore en déclarant que non seulement l'enfant serait affranchi de la puissance paternelle, mais qu'il serait libre vis-à-vis de celui qui l'avait recueilli, car jusque là il appartenait à celui entre les mains duquel il se trouvait de le traiter en ingénu ou en esclave.

Il permit à l'enfant vendu par ses parents de racheter sa liberté ou à une personne charitable de la lui rendre soit en remboursant le prix de vente, soit en fournissant un esclave de même valeur.

Il donna aux magistrats le pouvoir d'affranchir de la puissance paternelle les enfants livrés au déshonneur et à la prostitution. Enfin, le premier empereur chrétien assimila au parricide le meurtre du fils par le père et prononça contre eux la même peine.

Pas plus que ceux qui l'avaient précédé, Justinien, qui devait donner au droit romain sa forme

et son expression définitives, n'osa effacer les caractères essentiels de la *patria potestas* en consacrant juridiquement les conséquences du principe de la corrélation des droits et des devoirs du père. Mais il s'efforça tout d'abord d'assurer aux enfants nés hors mariage les avantages d'une naissance légitime en permettant la légitimation par mariage subséquent. Ensuite, pour parer aux abus de la dation en adoption, qui était devenue pour les parents peu scrupuleux un moyen commode de se soustraire aux charges de la paternité, il déclara que l'enfant adopté ne cesserait pas d'appartenir à sa famille d'origine et qu'il y conserverait tous ses droits. De même, alors que l'ancien droit avait fait de la *patria potestas* un privilège, dont la mère était exclue, il consacra la législation précédente, qui avait permis à la mère veuve de solliciter la tutelle de ses enfants et il étendit cette disposition à la mère naturelle envers les enfants nés ex *concubinatu*.

Les droits du père sur la personne de ses enfants furent ramenés aux proportions d'un droit de correction. L'interdiction d'exposer ou d'abandonner les enfants nouveau-nés fut sanctionnée par la déchéance de la puissance paternelle. La mise en gage, sévèrement prohibée, exposa le créancier gagiste à une amende pécuniaire et à des peines corporelles. Si la vente des enfants fut permise, elle ne put avoir lieu que pour les *infantes adhuc sanguinolenti* et elle n'eut jamais un caractère

définitif. L'abandon noxal, depuis longtemps désuet, fut définitivement aboli. L'indignité du père, à la suite de condamnation infamantes, telles que l'interdiction de l'eau et du feu, la condamnation *ad metallum, ad bestias,* le proxénétisme, etc., entraîna avec la perte des droits de citoyen la privation de la puissance paternelle. Il est vrai que celle-ci est la conséquence de celle-là.

Enfin, si le fils est *in potestate* sa vie entière, les causes qui le libèrent de la *patria potestas* sont devenues plus nombreuses et l'émancipation, allégée des formalités compliquées qui la régissaient, peut maintenant avoir lieu par déclaration devant le magistrat.

CHAPITRE III

Le Droit germanique.

I. — La famille germaine. Les droits du père.
II. — Le *mundium*. Différences qui le séparent de la *patria potestas*. Les causes de ces différences.
III. — Le droit germanique en Gaule. Influence du christianisme.

I

La Famille germanique

En Germanie, comme à Rome, nous trouvons une famille patriarcale, puissamment organiséc, où l'individu est absorbé par la collectivité à laquelle il appartient. Le lien familial puise exclusivement sa source dans la parenté par le sang. Il

est indissoluble et en outre si étroit que tous les parents sont solidaires les uns des autres. Le pouvoir central étant trop faible pour formuler des lois précises et en assurer l'application, toute action individuelle se transforme en une action collective. La famille s'arme tout entière pour venger l'injure faite à l'un de ses membres, comme au cas de délit commis par l'un des siens, elle substitue sa responsabilité à celle du coupable.

Cette solidarité crée entre les personnes qu'elle unit une réciprocité de droits et d'obligations et elle a pour conséquence de donner à la famille germanique un caractère bien différent de celui que nous avons remarqué dans la famille romaine. Au lieu de la collectivité artificielle groupée autour d'un principe religieux, nous voyons une association naturelle, dont la filiation légitime permet seule l'accès, où les étrangers ne peuvent pas être admis, où enfin on ne connaît pas la distinction des agnats et des cognats, les parents par les mâles et les parents par les femmes étant l'objet d'une même affection et jouissant des mêmes droits. En outre, tandis qu'à Rome, la famille ressemble à une monarchie, à la tête de laquelle se trouve le *pater,* dont l'autorité centralise tous les pouvoirs : administration, culte, justice domestique ; en Germanie, elle présente l'aspect d'une république, où la puissance familiale n'appartient pas seulement au père, mais aussi à l'assemblée des hommes majeurs. Sans doute il en résulte un morcellement du

pouvoir domestique, qui diminue sa force, l'amoindrit, mais à côté de ce désavantage, on évite l'arbitraire et en faisant participer à la puissance tous les membres de la parenté, on resserre le lien qui les unit, on accroît la cohésion de la famille.

Les droits du Père

Le conseil de famille, dont les réunions se tiennent le plus souvent dans les festins, n'absorbe pas toute l'activité familiale et le père n'est pas sans pouvoir dans l'intérieur de son propre ménage. Sur les personnes, enfants, femmes, vieillards, inaptes à porter les armes, car l'importance de celles-ci est extrême dans la société germanique, il exerce une puissance que l'on désigne par le mot *mundium.* Elle est réservée à lui seul et malgré le respect et la considération dont la femme jouit chez les Germains, la mère ne partagera jamais l'autorité paternelle, parce qu'elle est elle-même en puissance, et le demeure sa vie entière, à l'origine tout au moins.

Le premier des droits qu'a le père sur l'enfant né d'un mariage légitime, — car pour avoir autorité sur lui, le mari doit avoir acquis au préalable le *mundium* sur la mère, — c'est de l'accepter dans la famille ou de le rejeter au moment de la naissance. A en croire Tacite, l'enfant désavoué ne pouvait être exposé : « Ils considèrent, dit-il,

comme une honte de limiter le nombre de leurs enfants ou d'en faire périr quelqu'un. » Les légendes germaniques démentent cette assertion et l'abandon des nouveau-nés, au cas d'extrême misère des parents, ou lorsque l'enfant était bâtard, difforme ou d'une grande faiblesse de constitution, dut être légitime, car on en trouve trace dans la loi des Frisons, et plus tard, chez les Francs, plusieurs formules attestent l'existence de cet usage, puisque l'enfant exposé devient la propriété de celui qui l'a recueilli. Cependant une limitation est apportée au droit du père. L'enfant acquiert le droit à la vie après la lustration par l'eau ou dès qu'il a pris une goutte de lait ou de miel.

Le père peut aussi vendre son enfant. De même qu'il peut se vendre lui-même, et il est souvent réduit à cette extrémité, soit pour acquitter une dette de jeu, soit pour payer une composition, il dispose de la liberté des êtres dont il est l'auteur. Ce droit de vente, que, sous l'influence chrétienne, les rois francs tenteront de supprimer, ne disparut pas, car on en rencontre des exemples au moyen âge.

On ne sait pas si l'abandon noxal, autorisé pour les esclaves et les affranchis pouvait s'appliquer aux enfants. Il a dû très vraisemblablement exister dans le très ancien droit germanique. Il semble en effet qu'il soit une conception commune à tous les peuples primitifs en harmonie avec le système de la vengeance privée, mais au temps des *Leges*, il a disparu, car nulle part il n'en est fait mention.

Quant au droit de correction, les textes n'en parlent pas. On ne peut cependant douter de son existence, car il est le complément nécessaire de l'autorité paternelle. S'il est impossible d'en fixer l'étendue, de savoir s'il allait jusqu'au *jus vitæ necisque* des Romains, il faut remarquer que contre l'arbitraire du père, l'enfant trouve une protection très efficace dans sa famille maternelle. La place importante occupée dans la famille par l'oncle maternel est un trait particulier aux Germains, une survivance du matriarcat. Tacite nous apprend, en effet, « que les neveux sont aussi considérés de l'oncle que du père. Quelques-uns regardent ce lien du sang comme plus étroit et dans le choix des otages exigent de préférence des neveux (1) ». Les épopées germaniques confirment l'étroitesse du lien qui unit le frère et la sœur, au point que l'on a été jusqu'à dire qu'en Germanie, l'amour fraternel l'emportait sur l'amour paternel ou marital.

Ce qui montre bien que le père n'absorbe pas toute la capacité juridique des membres de la famille, c'est que les enfants peuvent avoir un patrimoine propre. Sans doute, à ne considérer que ce qu'ils pourraient gagner par leur industrie, cette fortune presonnelle ne saurait être considérable, étant donné l'âge précoce de la majorité. Jusqu'à douze ou quinze ans, les enfants aident les per-

---

(1) TACITE. — *Germanie*, 20.

sonnes, femmes, vieillards, qui cultivent le sol, ils gardent les troupeaux, pendant que les hommes s'adonnent à la chasse, à la pêche ou à la guerre. Mais ils peuvent s'enrichir par succession de leur mère ou d'un parent de leur mère. Comme on ne connaît pas encore la distinction savante établie dans le droit romain entre la nue propriété et l'usufruit, le père devient propriétaire de l'héritage jusqu'à la majorité de l'enfant. Il l'administre, en perçoit les revenus, mais il ne peut ni le vendre, ni l'aliéner par donation. Au reste si le père n'a à fournir aucune garantie pour sa gestion, son administration est surveillée par les parents maternels, dont le contrôle d'abord de fait devient légal (1).

Enfin le *mundium* du père n'est pas perpétuel. En dehors des hypothèses de mort de l'enfant ou du père, auquel cas il y a ouverture de la tutelle, il prend fin lorsque le mineur atteint l'âge de la majorité. Selon l'opinion la plus généralement admise, ce moment est déterminé par l'aptitude de l'enfant à porter les armes (2). La prise des armes n'est pas une cérémonie privée et comme elle inté-

---

(1) Comme le montre la législation suédoise, où la loi adjoint au père pour le soin du mineur et de ses biens le plus proche parent de la mère défunte.

(2) Selon certains auteurs, notamment Glasson, *Histoire du droit de la France*, tome III, p. 40, la prise des armes ne suffit pas à elle seule pour mettre fin au *mundium* du père, il faut, en outre, que l'enfant s'éloigne du toit paternel.

resse la cité tout entière, elle a lieu devant l'assemblée en armes. Il s'agit en effet de la création d'un nouveau guerrier, d'un nouveau citoyen, puisque chez ce peuple essentiellement guerrier, le soldat seul jouit de la plénitude de ses droits. Cette cérémonie militaire a pour conséquence un changement dans la condition privée du mineur, car après avoir été à la guerre et dans les conseils l'égal de son père, les mœurs violentes et l'esprit d'indépendance de cette race s'opposent à ce qu'au foyer il reprenne une place subordonnée.

Au temps des *Leges,* les solennités de l'assemblée du peuple ont disparu et la majorité est déterminée par un âge fixe, qui varie selon les peuples comme point de départ et comme étendue. Chez les Visigoths, elle va selon les actes de 14 à 20 ans. Chez les Burgondes, où elle paraît être assez générale, elle est fixée à 15 ans. La loi salique et la loi ripuaire l'établissent la première à 12 ans, la seconde à 15 ans. D'ailleurs, à mesure que les relations civiles croissent en complexité, un mouvement se marque qui, dans une pensée de protection, retarde progressivement l'âge des majorités.

Si l'enfant mâle acquiert majeur une capacité entière, la question est controversée de savoir quelle est la condition de la fille après l'âge de 12 ou 15 ans. Inhabile à l'art de la guerre, comme l'inaptitude à porter les armes est le fondement de l'incapacité, elle devrait par contre coup rester toute sa vie dans une condition inférieure. Cependant, si

elle est en tutelle, il ne semble pas que son protecteur ait sur elle un *mundium* au sens que l'on donne couramment à ce mot. Le rôle de ce tuteur paraît se borner à représenter sa pupille en justice et dans les combats, car les lois franques et les récits de Grégoire de Tours nous montrent la fille nubile administrant ses biens, en touchant les revenus et même accomplissant certains actes: dépôt, échange, etc., limitativement énumérés par les textes (1).

II

Le Mundium

Différences qui le séparent de la patria potestas. *Les causes de ces différences*

Il est vraisemblable que le *mundium* fut originairement, comme à Rome, la *dominica potestas,* l'expression d'un pouvoir unique, qui pesait sur les personnes et sur les biens. La différenciation des puissances sur les personnes ne se produisit que lorsque les relations des subordonnés avec leurs

---

(1) Loi ripuaire, titre LXXIV. En ce sens Lefebvre : *Introduction à l'histoire du droit matrimonial*, Encyclopédie, verbo : *mundium.* Le *mundium* sur les femmes s'est peu à peu usé (Planiol).

maîtres furent l'objet d'une réglementation précise. Le mode par lequel elles s'acquièrent, l'héritage ou l'achat, montre que les puissances tutélaire, maritale et paternelle ne sont pas à l'origine des institutions juridiques différentes, mais des dérivés d'un pouvoir unique.

Ce serait en outre, à notre avis, une erreur de croire que le *mundium* a été dans son principe une conception non de puissance, mais de protection des forts envers les faibles, caractère qu'il accuse au temps des *Leges*. Le *mundium* primitif est au droit germanique ce que la *manus* est au droit romain. L'un et l'autre terme d'ailleurs désignent la main, symbole de la force qui commande. Quelle que soit la répugnance que l'on éprouve à placer, selon l'expression de Fustel de Coulanges, « la force à l'origine du droit » (1), l'histoire établit qu'aux époques primitives, où l'intelligence vient de naître, un seul fait peut engendrer le pouvoir, c'est la supériorité de la force physique, avec contre cette force souvent arbitraire le besoin de protection, qui a été une des cause des groupements humains. Dès lors, dérivant de la même nécessité naturelle, les deux pouvoirs durent présenter le même caractère. Le chef de famille germain dut être au début aussi puissant que le *paterfamilias*. Mais tandis qu'à Rome, la puissance du père demeura entière, dans

(1) FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*, p. 40.

le droit germanique l'évolution tendit à limiter ce pouvoir originaire absolu et à le transformer en une tutelle, comme le montre le développement ultérieur du droit allemand.

La famille romaine est groupée autour de son chef, qui, toute sa vie, garde sur elle une autorité que les mœurs et les lois s'efforcent de contenir en de justes limites. Le pouvoir du père absorbe tout. Non seulement les enfants *in potestate* ne peuvent rien acquérir qui ne soit au *pater,* mais ils ne sauraient engager sa responsabilité. En Germanie, au contraire, les enfants peuvent avoir un patrimoine. Durant leur minorité, le père est responsable des fautes qu'ils commettent et à l'âge de la majorité, sans qu'il soit besoin d'une émancipation, ils deviennent à leur tour *sui juris.* Comment expliquer ces différences, alors que le point d'origine fut le même ? Les causes en paraissent nombreuses. D'abord la famille romaine fut avant tout une association religieuse, tandis que la famille germanique n'eut d'autre fondement que lien du sang. Ce fut ensuite un régime de vie différent. Les Romains ont été un peuple essentiellement agricole et par suite sédentaire; les Germains au contraire, un peuple nomade, à existence mouvementée, où le métier des armes était très honoré. Les guerres continuelles, auxquelles ils se livraient, développèrent chez eux les idées d'indépendance, de liberté individuelle, de personnalité, en opposition irréductible avec le principe d'autorité, que l'on trouve à la base de

la société romaine. De plus, le *mundium* n'eut jamais la forte organisation de la *patria potestas*, et, s'étant fixé de bonne heure, le droit romain opposa aux transformations amenées par les besoins matériels et les réalités de la vie plus de résistance que le droit germanique, qui, n'étant pas figé dans des textes, conserva toute sa souplesse. Il faut enfin remarquer, qu'à Rome, le pouvoir social, loin de tendre à diminuer l'autorité du père, chercha à en accroître la force, alors qu'en Germanie; il s'efforça de la limiter, de l'amoindrir.

III

Le Droit Germanique en Gaule. — Influence du Christianisme

Lorsque, avec les invasions, le droit germanique s'établit en Gaule, il subit l'influence de la civilisation gallo-romaine et du christianisme. Les résultats sont d'autant plus rapides et profonds qu'il présente avec la doctrine chrétienne de nombreux points de contact. Les tendances monogamiques des Barbares correspondent à la conception que la nouvelle religion professe de l'union conjugale. Le sentiment délicat que les Germains ressentent pour le charme physique de la femme et le respect que

leur inspire sa supériorité intellectuelle (1) ne sont pas très éloignés de la protection, dont l'Eglise ne cesse de les entourer. Ausi voyons-nous aux V[me] et VI[me] siècles insensiblement disparaître le fond important qui subsiste du droit primitif: guerres privées, serment des co jureurs, cérémonie de l'abdication (2), affatomie (3). C'est surtout dans le droit familial que se fait sentir l'action du christianisme, la protection des personnes étant particulièrement du ressort de l'Eglise. Les évêques, qui, depuis la conversion de Clovis, puisent dans leur caractère sacré et dans les vastes domaines qu'ils administrent une grande autorité sociale, sont les agents

---

(1) Tandis que les hommes cultivent le métier des armes, le plus noble à leurs yeux, les femmes s'adonnent à l'étude de la littérature et des sciences. Il y a entre eux une telle disproportion d'instruction qu'au partage d'une succession mobilière, les livres sont attribués aux femmes comme ne pouvant servir qu'à elles seules. Voir sur ce point : P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 213.

(2) L'abdication est une cérémonie qui permet à un parent de sortir du groupe familial. Celui qui veut abdiquer sa parenté doit venir au plaid devant le centenier et rompre sur sa tête quatre bâtons d'aulne et jeter les morceaux aux quatre coins de l'assemblée en disant qu'il renonce à tous ses droits et obligations de famille.

(3) L'affatomie est une institution contractuelle d'héritier qui exigeait la mise en possession immédiate du bénéficiaire et qui était irrévocable.

les plus actifs de cette influence. Par leurs prédications, ils modifient les mœurs, les usages et par contre-coup le droit, qui est en grande partie coutumier. Les règles précises, qu'ils formulent dans leurs conciles, sont sanctionnées par les rois et deviennent des lois civiles. La législation canonique passe à peu près entière dans les capitulaires et le pouvoir royal abdique au profit de l'Eglise tous ses droits en matière de mariage.

La religion chrétienne s'efforce de relever la condition de la femme et de l'enfant. En s'attaquant au principe de l'incapacité féminine, l'inaptitude à guerroyer, elle cherche à faire disparaître tous les privilèges, qui en étaient résultés au profit de l'homme. Elle condamne la polygamie, d'une pratique assez courante chez les nobles. Comme elle l'avait fait à Rome, où dans le dernier état de la législation le divorce n'est plus permis que dans des hypothèses déterminées: adultère, proxénétisme de la femme, condamnation du mari, elle restreint les causes de répudiation. Elle prépare ainsi la suppression d'une institution, qu'elle voit d'un œil défavorable et qu'elle remplacera plus tard par la séparation de corps.

Son influence sur la puissance paternelle, pour être moins facile à saisir, étant donné que les relations de parenté ressortissent bien plutôt de la morale que du droit, n'en est pas moins certaine. L'esprit d'amour, de charité, de défense des faibles qui anime la religion chrétienne, accentue l'évolu-

tion du *mundium* paternel dans le sens de la protection. Elle fait un devoir aux parents de se montrer pleins de douceur vis-à-vis de leurs enfants. Elle se montre hostile au désaveu des nouveau-nés, qui entraîne l'exposition ou l'abandon, c'est-à-dire presque toujours la mort, et elle tente de faire pénétrer dans la loi franque la présomption romaine: *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.* Comme elle voit avec défaveur toutes les causes de servitude, elle condamne l'aliénation des enfants. Elle contribue à faire accepter par les Francs la règle du droit romain, admise par les lois des Visigoths et des Burgondes, qui appelle la mère à la tutelle de ses enfants. Aussi voit-on se dédoubler la tutelle. La mère obtient la garde de l'enfant, cependant que le protecteur légal, titulaire du *mundium,* est chargé de représenter le mineur et de l'autoriser à accomplir les actes que son incapacité ne lui permet pas de faire seul.

Mais ces progrès s'accomplissent au détriment de la famille, qui, à mesure que la condition des personnes s'améliore, perd progressivement de son importance. Le pouvoir royal, raffermi avec les Carolingiens, étend son champ d'action. L'individu trouve auprès de lui une protection qui le retenait autrefois dans la famille. Le principe de la solidarité familiale reçoit une grave atteinte, lorsque à la vengeance privée se substitue le système de la poursuite devant les tribunaux répressifs et des compositions. Dès lors l'individu se rend peu à peu

plus indépendant. Mais cette émancipation ne pourra s'achever. Un nouveau régime, depuis longtemps en germe, se développe, qui va modifier la famille pour l'adapter au nouvel état de choses et l'attacher à la terre. C'est la féodalité.

CHAPITRE IV

L'Ancien Droit.

I. — Pays de coutumes.
II. — Pays de droit écrit.

A partir du IXe siècle, un changement se produit dans le droit. Le système de la personnalité des lois, que l'on avait pratiqué jusque là, est rendu de plus en plus difficile par le mélange et le croisement des races. Les juges en arrivent peu à peu à appliquer aux habitants d'une même région, sans distinguer les nationalités, non plus une loi écrite, mais une coutume formée des usages et de l'ancienne législation. Ces coutumes varient d'une contrée à l'autre et tandis que dans le Nord elles sont surtout impré-

gnées de droit germanique, dans le Midi, où l'influence du droit romain fut considérable sur les lois des Burgondes et des Visigoths, celui-ci prédomine. C'est là l'origine de la division de l'ancienne France en pays de coutumes et en pays de droit écrit. Seule, durant cette période, la législation canonique conserve son unité et poursuit la réalisation des règles qu'elle a posées. Comme elle acquiert à ce moment la plénitude de sa juridiction temporelle, elle peut les rendre effectives.

I

Pays de Coutumes

Nous avons vu combien diffère dans le droit romain et dans le droit germanique la conception de la puissance paternelle. En dépit des influences qu'elle a subies, elle est demeurée à Rome toute à l'avantage du père, alors qu'en Germanie l'évolution s'est faite dans le sens d'une tutelle organisée dans l'intérêt de l'enfant.

De bonne heure on constate qu'en pays de coutumes la puissance paternelle et la *patria potestas* sont deux choses dissemblables. On va même jusqu'à dire que la puissance paternelle n'y est pas reçue. Cela ne veut point dire que le père soit sans droits devant ses enfants, mais l'on veut marquer

par là que l'autorité paternelle n'a pas ici le caractère qu'elle a eu dans le droit romain et qu'elle conserve encore dans le sud de la France. Les droits, tant sur la personne que sur les biens des enfants, ne sont reconnus au père que comme la contre-partie nécessaire des devoirs dont ils sont tenus envers eux. Limités dans leur étendue et dans leur durée, ils cessent avec les besoins de l'enfant. Ce sont bien, on le voit, les caractères du *mundium* germanique.

Cependant les anciennes pratiques n'ont pas complètement disparu, surtout dans le domaine de la famille où les traditions se perpétuent, où les changements sont lents à se produire. L'exposition et l'abandon des nouveau-nés, plaies sociales de toutes les époques, sont fréquentes dans cette période misérable et troublée qu'est le moyen âge. Le droit de vente persiste malgré les restrictions apportées par les derniers empereurs romains, malgré les efforts de la législation carolingienne et de l'Eglise, et, au xve siècle on voit en France un père vendre ses enfants âgés de 6 ans (1). Les coutumes reconnaissent aussi au père le droit de louer les services de ses enfants, s'il est dans la misère ou de les donner en gage pour sortir de prison. Quant au droit de correction, les Parlements s'efforcent d'en

---

(1) Acte du 25 juillet 1440 publié dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, tome VI, p. 169.

règlementer l'étendue, n'hésitant pas à enlever le droit de garde aux pères qui abusent de leur autorité.

Ces réserves faites, le père a plein pouvoir d'éducation sur ses enfants, qui, aussi longtemps qu'ils seront sous sa puissance ne pourront embrasser un état sans son consentement. Si, par suite de l'influence de l'Eglise, qui valide toujours de semblables unions, la nullité du mariage n'est pas la sanction du défaut de consentement des parents, les ordonnances royales en font une cause d'exhérédation. Dans un édit de 1556, Henri II ordonne que jusqu'à l'âge de 30 ans les garçons, jusqu'à celui de 25 les filles, devront pour se marier obtenir le consentement de leurs parents.

Nous avons vu à la dernière époque germanique un âge fixe avoir vertu d'émancipation. Le principe est resté le même. Du jour où l'enfant est capable de pourvoir à ses besoins, l'autorité du père disparaît. Cependant, même majeur, l'enfant demeure en puissance aussi longtemps qu'il reste dans la maison paternelle et tant qu'il n'y a pas eu séparation économique. Toutefois peu à peu l'on admet, et au xve siècle, lors de la codification des coutumes, c'est un fait acompli, que la majorité émancipe de plein droit. L'âge en varie suivant les conditions et suivant le sexe, car l'ancienne tutelle des femmes ayant disparu, la fille majeure se trouve, comme le fils, affranchie de la puissance paternelle. L'enfant noble est majeur dès qu'il peut s'acquitter du ser-

vice d'ost qu'il doit à son suzerain. Seulement, comme les armes sont devenues plus pesantes, la majorité féodale est retardée à vingt ou vingt et un ans dans l'Ouest et à quinze ans dans l'Est, où l'influence germanique est demeurée plus vivace. L'enfant roturier est capable dès qu'il sait sagement marchander, c'est-à-dire à quinze ans pour les garçons et douze ans pour les filles. Puis, les besoins de la vie se compliquant, on retarde au delà de cet âge l'incapacité des enfants. Au XVIIIe siècle, la majorité est en général fixée à 25 ans (1).

II

Les Pays de Droit écrit

Dans le sud de la France, les principes de la *patria potestas* se sont maintenus. Sans doute, adoucie par les mœurs, elle a perdu de son antique rigueur et de son absolutisme, mais il lui est demeuré le caractère d'un droit établi exclusivement en faveur du père sur la personne et sur les biens

---

(1) La puissance paternelle prend encore fin par l'établissement par mariage et certaines coutumes ont conservé longtemps comme moyen d'émancipation le fait d'un domicile distinct.

de l'enfant. La puissance paternelle dure toute la vie du *paterfamilias* et ne s'éteint que par son consentement. La mère ne partage pas cette puissance et le père lui-même, que le mariage n'a pas émancipé, reste sous l'autorité de l'aïeul et n'en a aucune sur ses propres enfants. Les pouvoirs du chef de famille sont encore très étendus. Il a dans son droit de correction un reste de son ancienne autorité de juge domestique. Il peut à sa volonté faire emprisonner ses enfants. Si, aux XVIIe et XVIIIe siècles, il ne possède plus le droit de vente, la disparition de ce droit n'est pas de longue date. Le père absorbe la personnalité du fils et en dehors du pécule, l'enfant acquiert non pour lui, mais pour son auteur.

Cependant cet état de choses, qu'avaient établi des mœurs et des besoins d'un autre âge, jurait trop avec les institutions de l'époque pour ne pas recevoir quelques tempéraments. Le voisinage du droit coutumier exerça d'ailleurs une heureuse influence. On vit les Parlements intervenir pour réprimer les abus, enlever au père la garde et l'éducation des enfants ou l'obliger à les émanciper. Même en dehors de tout excès, la durée illimitée de la puissance paternelle finit par paraître exorbitante. Il était extraordinaire en effet de voir un homme marié rester soumis à cette autorité et n'avoir, durant la vie de son père, aucun pouvoir propre sur ses enfants. Sous l'influence de ces idées peu à peu s'introduisirent des cas d'émancipation tacite, qui mitigèrent les rigueurs du droit romain. C'est ainsi que, lors-

que l'enfant avait vécu un certain temps loin de son père, on présumait que celui-ci avait voulu l'affranchir (1). De même ou admit que le mariage emporterait émancipation tacite. Mais l'émancipation n'a jamais lieu de plein droit. Elle est toujours la conséquence de la volonté expresse ou présumée du père de famille, tant il est vrai que dans les pays de droit écrit, l'autorité paternelle a conservé l'esprit de la *patria potestas*.

(1) On n'est pas très d'accord sur la durée de cette habitation séparée qui, pour faire présumer l'émancipation, ne devait pas avoir lieu à l'insu ou contre la volonté du père. Certaines coutumes exigeaient un an et un jour. Lorsqu'il n'y avait pas de texte formel, on discutait si elle devait être d'un et un jour, de 10 ou 20 ans. Les Parlements lui assignèrent un terme d'au moins 10 années.

CHAPITRE V

Le Droit moderne.

I. — La législation révolutionnaire.
II. — Le droit civil. Caractère de la puissance paternelle. Droits et devoirs des parents envers leurs enfants.
III. — Les lois postérieures au Code civil. Loi du 24 juillet 1889. Loi du 19 avril 1898.

I

La Législation Révolutionnaire

Prenant comme idée directrice l'émancipation de l'individu, le droit intermédiaire s'efforce de faire passer dans la législation les principes d'individualisme, de liberté, d'égalité dont les philosophes et les économistes, Montesquieu, Voltaire, Rous-

seau, Adam Smith ont dans leurs écrits dégagé toute la portée. Il poursuit l'affranchissement aussi complet que possible de la personne humaine. Dans le désir de faire triompher au plus vite les idées nouvelles, il rompt avec tout ce qui dans l'ancien droit y portait atteinte. Il supprime d'un seul coup le droit féodal et le droit canonique. Les privilèges et les inégalités disparaissent. Plus de distinction entre nobles, bourgeois et roturiers, entre enfants légitimes et bâtards. Les mêmes lois s'appliquent à tous et la législation se sécularise.

Une des premières réformes fait du mariage jusqu'alors considéré comme un sacrement relevant du seul pouvoir ecclésiastique, un contrat civil réglementé par l'Etat. Puis, au nom de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte, le divorce est établi sur des bases malheureusement trop larges, cependant que par esprit de réaction contre l'ancien régime, la séparation de corps est supprimée. L'autorité paternelle ne subsiste que sur les mineurs. La majorité, fixée d'abord à 21 ans pour le mariage, ensuite étendue à tous les actes civils, les émancipe. Le droit de correction, qui avait donné lieu à des abus, dont les lettres de cachet nous ont dévoilé l'étendue, est réglementé. Le père ne peut plus faire emprisonner son fils par voie d'autorité, mais comme on ne peut songer à le supprimer, un tribunal domestique, véritable conseil de famille, est institué pour juger les mineurs dont la mauvaise conduite donne

lieu aux plaintes des parents et son jugement est homologué par l'autorité judiciaire (1).

L'œuvre de la Révolution touchant le domaine de la famille a été très sévèrement critiquée. On lui a reproché d'avoir annihilé l'autorité paternelle, d'avoir largement contribué à effacer dans les mœurs le prestige et le respect dont le père doit être environné. Sans doute elle a eu le tort dans l'établissement du divorce d'offrir aux époux des facilités exagérées, de rompre le lien du mariage, de ne pas conserver, à côté du divorce qu'elle avait introduit, l'ancienne séparation de corps. Sans doute le dédain qu'elle affecte pour les législations anciennes fait que souvent son œuvre manque d'esprit juridique et l'expose à des utopies, difficiles à éviter lorsque l'on veut établir des règles rigoureusement déduites de principes nouveaux. Mais il faut reconnaître qu'elle a apporté l'unité dans l'organisation de sa famille en supprimant les causes qui en avaient occasionné la diversité : droit canonique, féodalité, division du royaume en pays de droit et pays de droit coutumier. Reprenant la conception de celui-ci, elle l'a rendue définitive en fondant, selon l'expression de Cambacérès, « sur

---

(1) Comme on s'efforce de rendre la famille aussi indépendante que possible de l'Etat, le tribunal domestique reçoit comme attribution générale de régler les conflits qui peuvent se produire dans son sein. Loi du 16-24 août 1790 relative à l'organisation des pouvoirs judiciaires.

la douceur et les bienfaits d'un côté, le respect et la gratitude de l'autre, ce qui n'avait été jusque là établi que sur l'autorité ».

Si les moyens employés furent quelquefois mauvais, le but qu'elle poursuivit fut grandiose. Comme on l'a fait remarquer, « la Révolution française a été faite au profit des droits de l'individu et de sa complète émancipation. Elle a été l'effort puissant pour affranchir les individualités déjà existantes et l'effort naissant et encore incertain dans sa voie pour appeler à l'individualité le plus grand nombre possible des membres de la société (1) ».

II

Le Droit Civil

Contre la législation révolutionnaire, une période de réaction d'abord timide, puis violente, ne tarde pas à s'ouvrir. On renonce à l'idée d'un code, qui, rompant tout lien avec la tradition, ne tient pas compte des législations antérieures. Comme on veut avant tout faire œuvre pratique, on ne garde du droit révolutionnaire que ce qui est la consé-

---

(1) Henry Michel. — *L'Idée de l'Etat*, p. 101.

quence même de l'œuvre de la Révolution, et le Code civil apparaît comme une transaction entre la tradition juridique et les principes de 1789, entre les conceptions opposées du droit romain et des coutumes.

De ces deux influences quelle est celle qui l'a emporté ? Par suite du vague et de la brièveté de la plupart des dispositions du titre de la Puissance paternelle et aussi en l'absence d'une vue d'ensemble nettement exprimée, l'œuvre du Code civil a été très diversement appréciée. Certains, comme Le Play et son école, lui ont reproché d'avoir diminué outre mesure l'autorité du père en le privant de tout moyen efficace de coercition, tandis que, professant une opinion diamétralement opposée, d'autres écrivains se sont élevés contre ce qu'ils appellent l'autorité despotique du père (1). Une réponse unique, absolue paraît impossible à for-

---

(1) Au lendemain de la rédaction du Code civil, Pradines, l'un des promoteurs du projet primitif, déclare que les représentants du droit écrit l'ont emporté et que la puissance paternelle a été en définitive établie avec le caractère despotique qu'elle avait à Rome, puisque les obligations du père n'ont été l'objet d'aucune sanction et puisque son autorité ne peut être atteinte par aucune déchéance. Plus près de nous, M. Feuilloley, avocat à la Cour de cassation, dans un discours sur la magistrature et les lois protectrices de l'enfance, formule la critique suivante : « Le Code civil est tout imbu des idées du droit romain; l'autorité du père y est constituée à l'image de ce droit ». *Le Droit*, 17 octobre 1901.

muler, car, selon les tendances de leur esprit, les rédacteurs du Code civil ont envisagé la puissance paternelle tantôt au point de vue du droit coutumier, tantôt au point de vue du droit écrit. Cependant à envisager l'ensemble, on peut dire que le législateur de 1804 s'est rattaché à la conception d'une autorité paternelle établie non point dans l'intérêt du père, mais dans celui de l'enfant.

Les travaux préparatoires l'indiquent clairement. En effet, dès la première discussion du projet en Conseil d'Etat, Berlier propose la suppression de l'expression de puissance paternelle, « le mot puissance étant trop fastueux et hors de proportion avec l'idée que l'on veut exprimer. Il faut, dit-il, des mots nouveaux pour exprimer des idées nouvelles (1) ». Sur l'observation de Malleville, que l'expression puissance paternelle est le mot reçu et que si on le supprimait, on pourrait croire que la loi ne voulait point la chose, le projet définitivement adopté conserve le titre de Puissance paternelle. D'autre part, dans son Exposé des motifs au Corps Législatif, Réal établit la raison d'être de cette autorité et la définit « un droit fondé sur la nature, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des

---

(1) FENET. — *Travaux préparatoires*, tome X, p. 486.

biens de leurs enfants (1) ». C'est aussi le tribun Albisson, qui, chargé de porter le vœu du Tribunat au Corps Législatif, s'exprime en ces termes: « L'autorité des pères et mères sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre cause, d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré (2) ».

Ainsi l'autorité paternelle n'est plus considérée dans notre législation moderne, comme un droit de propriété pour le père. L'esprit général de l'institution est manifestement l'idée de protection en faveur de l'enfant. Ce caractère tutélaire se traduit par une double limitation apportée à la puissance paternelle: limitation en durée du fait de la majorité et de l'émancipation, limitation en étendue par le contrôle de l'Etat, qui veillera à la répression des abus possibles (3).

---

(1) DALLOZ. — Répertoire, *Puissance paternelle*, p. 555, nº 9.

(2) Au reste, les analogies que révèle l'organisation de l'institution qui nous occupe, montrent combien est manifeste l'influence des idées coutumières. Tous les droits de la puissance paternelle admis par les coutumes se retrouvent dans le Code avec la même durée et la même portée.

(3) Cette *limitation* à peine indiquée par le Code va prendre, au cours du dix-neuvième siècle et dans ces dernières années, une importance grandissante qui s'affirmera par une série de lois civiles, pénales et industrielles.

Cependant si l'intérêt de l'enfant est primordial, l'autorité paternelle n'est pas une simple tutelle. Malgré l'identité de leur but, la protection du mineur, il y a entre ces deux institutions des différences de principe et d'organisation trop profondes pour que les rédacteurs du Code civil aient assimilé cette magistrature naturelle, exercée au sein du groupe familial, à un pouvoir tutélaire quelconque organisé par la loi. Le père a, en effet, pour son enfant des sentiments d'affection, qui lui créent une aptitude spéciale à être son éducateur, et rien de plus normal que cette aptitude comporte des privilèges. Ses pouvoirs doivent être plus forts que ceux d'un simple tuteur, parce qu'il ne convient pas de prendre pour seul guide l'intérêt de l'enfant envisagé abstraitement, hors du cadre dans lequel il est appelé à se développer, mais parce qu'il faut tenir compte du groupement familial, dont l'autorité du père assure la discipline et la cohésion. Aussi le législateur de 1804 eut-il le très vif souci de ne pas affaiblir cette autorité que l'intérêt même de l'enfant exige forte et respectée et de laquelle, comme le fit remarquer Malleville, dépendent la conservation des mœurs et la sécurité publique. Cette préoccupation se marque par le silence que, hormis les droits de correction et de jouissance, garde le Code sur les rapports entre parents et enfants, silence qui, en fait, laisse sans restriction la puissance paternelle. Confiants dans les sentiments d'affection, qui unissent le père et l'enfant, ils

n'ont point voulu la réglementer par crainte de la compromettre ou d'en gêner le fonctionnement.

Caractères de la Puissance Paternelle

Puisque la paternité crée des devoirs auxquels il ne doit pas chercher à se soustraire, le père, ne pourra pas, ainsi qu'à l'époque romaine, l'accepter ou la refuser à son gré. Elle sera d'ordre public et nul ne pourra, par des conventions particulières, déroger aux dispositions qui la régissent. D'autre part, comme la puissance paternelle n'est au fond qu'un droit naturel, comme elle ne peut reposer que sur la tête du père et de la mère, elle sera hors du commerce et ne pourra, en règle générale, faire l'objet d'aucune cession, ni à titre gratuit, ni à titre onéreux.

Cependant dans notre législation on relève quelques exceptions aux principes de l'incessibilité. C'est d'abord la tutelle officieuse, où le tuteur officieux reçoit la garde, le gouvernement de la personne du mineur, et bien que les autres droits de puissance paternelle, droits de correction, de consentement au mariage, d'émancipation et d'usufruit légal demeurent aux parents. C'est aussi l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889, qui autorise les particuliers, les œuvres d'assistance privée, l'assistance publique elle-même, à se faire déléguer par les parents les droits de puissance paternelle sur l'enfant

dont la charge leur est abandonnée. Il faut dès maintenant remarquer qu'une pareille délégation n'est autorisée qu'en considération même de l'intérêt de l'enfant, et pour éviter que cette cession ne cache une véritable vente du mineur, la Société, représentée par les tribunaux, se réserve de contròler l'utilité de cette délégation, qu'elle limite d'ailleurs à l'exercice des droits de puissance paternelle, dont elle retient pour elle-même le principe et la jouissance. Ce sont en outre les cas d'abandon que prévoient les lois sur l'Assistance publique, en vertu desquels la tutelle de l'enfant, tutelle qui, à bien des points de vue, est l'équivalent de la puissance paternelle, passe au préfet du département qui l'a recueilli. Ce sont encore les hypothèses un peu différentes il est vrai, puisque la transmission se produit sans l'intervention des parents, des articles 66 et 67 du Code pénal, où l'enfant, soustrait à la garde des siens, se trouve confié à celle de l'Etat, qui, représenté par l'administration pénitentiaire, exerce les droits d'éducation et de correction.

De ces espèces nous pouvons conclure que le législateur pourra permettre aux parents dans l'intérêt de leurs enfants de transférer à des tiers, qui en acceptent les charges correspondantes, l'exercice de tout ou partie des droits de puissance paternelle, à l'exception naturellement de ceux que le Code a expressément réservés au père et à la mère : tutelle légale, désignation d'un tuteur testamentaire, sauf à faire intervenir les tribunaux pour vérifier les

conditions de cette transmission et consacrer le dessaisissement. Ainsi se légitime le caractère de la divisibilité de l'exercice des droits qu'elle comporte, qui, longtemps mis en doute, a été affirmé par la loi du 19 avril 1898.

Droits et devoirs des parents envers leurs enfants

Aux termes de l'article 203 du Code civil, le père et la mère par le seul fait du mariage contractent ensemble envers leurs enfants les obligations de les nourrir, les entretenir et les élever, sans que, à l'exception de la dette alimentaire, ceux-ci, à moins qu'ils n'aient des biens propres, puissent réclamer de leurs auteurs, comme l'avait demandé le Premier Consul, une meilleure éducation ou un établissement par mariage ou autrement (art. 204). Pour l'accomplissement de cette œuvre, le Code civil arme les parents d'un triple droit d'éducation, de garde et de correction, se ramenant en fin de compte au seul droit d'éducation, qui les résume tous, puisque l'un en est la condition nécessaire et l'autre la sanction. Mais à l'exception du droit de correction, il ne les définit ni ne les organise. On a dû craindre les difficultés d'une réglementation aussi délicate, et comme nous l'avons déjà dit on s'en est rapporté d'une façon trop complète aux sentiments d'affection des parents.

En ce qui concerne le droit de correction et sans s'occuper des punitions légères que les parents infligent à leurs enfants pour leur amendement moral, le législateur, au cas où celles-ci seraient insuffisantes pour corriger les natures perverses, a donné au père et à la mère le droit de faire détenir pendant un temps dont la durée varie selon certaines conditions l'enfant qui leur donne des sujets de mécontentement très graves. Voici en quelques mots l'économie du système:

Si l'enfant a moins de 16 ans, le père peut agir par voie d'autorité. Il s'adressera au président du tribunal d'arrondissement, qui, après observations et si le père passe outre, devra délivrer l'ordre d'arrestation. La détention ne peut excéder un mois (art. 376).

Si l'enfant a plus de 16 ans, s'il est d'un premier lit, s'il possède un état ou des biens propres (art. 380 et 382), le père devra requérir la détention, ce qui entraîne pour le président du tribunal le droit d'examiner les motifs de la requête et après en avoir conféré avec le procureur de la République, il délivrera ou refusera l'ordre d'arrestation (art. 377). Dans le premier cas il pourra écourter le temps requis pour la détention qui ne saurait excéder 6 mois, le père étant toujours maître d'en abréger la durée (art. 379). Enfin, l'enfant détenu par voie de réquisition peut recourir contre la mesure dont il a été l'objet (art. 382, al. 2).

Quant à la mère, ce n'est qu'après la dissolution

du mariage, sauf les cas d'absence, d'interdiction ou d'internement du père, qu'elle a l'exercice du droit de correction, dont elle ne peut user que par voie de réquisition et avec le concours de deux proches parents paternels (art. 381).

III

Les Lois postérieures au Code civil.

La puissance paternelle déborde le cercle restreint des relations domestiques. Au delà de la famille, il y a cet agrégat plus nombreux et plus compliqué, qui est la société représentée par l'être de raison appelé Etat. L'individu se trouve rattaché à ces deux groupes d'étendue et de nature différentes. Il n'a pas que des devoirs à remplir envers la famille, car la société a sa part de droit et d'intérêt. L'Etat, qui a besoin de soldats, d'hommes éclairés, a le droit de contrôler l'usage que les parents font de leur autorité et d'exiger d'eux qu'ils mettent leurs soins à accomplir l'œuvre d'éducation dont ils sont tenus.

Le Code civil a eu conscience de ce droit de l'Etat. On le trouve à plusieurs reprises signalé dans les travaux préparatoires. Dans son discours au Corps législatif, le tribun Albisson le marque avec force: « L'homme est par sa nature un être

sociable. Il n'a jamais existé qu'en société, mieux ou moins bien organisée et toute société se compose nécessairement d'une agrégation de familles. L'autorité des pères et des mères sur leurs enfants a sa racine dans le cœur même de l'homme et dans sa destination à l'état de société... Il s'agissait d'établir le pouvoir des pères et des mères sur des bases avouées par la nature, la raison et l'intérêt social, d'en fixer la durée et les limites par une juste application de son principe fondamental, qui n'est autre, je ne saurais trop le répéter, que l'intérêt des enfants et celui de la société (1). »

Or c'est justement ce principe même de la limitation par la loi et le contrôle de l'Etat de la puissance paternelle, que le Code civil a passé sous silence.

Au lendemain même de la rédaction du Code civil, on a été vivement frappé de l'absence presque absolue de la sanction qu'il eût convenu d'apporter au principe de la puissance paternelle, considérée comme une œuvre de protection envers l'enfant et composée d'une série d'obligations envers lui (2). En l'absence d'un texte, d'où résultât

---

(1) FENET. — *Travaux préparatoires*, tome X, p. 486. Cf. Rousseau, *Emile*. « Un père, quand il engendre et nourrit des enfants, ne fait en cela que le tiers de sa tâche. Il doit des hommes à son espèce, il doit à la société des hommes sociables, il doit à l'Etat des citoyens. »

(2) Sauf l'article 302, lequel se réduit à la privation du droit de garde et d'éducation pour l'époux contre lequel a été

une règle générale permettant de restreindre l'autorité des parents ou même de les en priver au cas où ils la détourneraient du but dans lequel la loi la leur avait conférée, la jurisprudence se fixa assez vite dans le sens de la possibilité d'une intervention de la justice (1). Elle alla jusqu'à prononcer

prononcé le divorce, on ne trouve nulle part dans le Code civil la conception d'une déchéance de la puissance paternelle pour indignité. On ne la relève pas davantage dans le Code pénal, dont deux dispositions ont pour effet de protéger l'enfant en restreignant d'une façon plus ou moins rigoureuse les droits des parents. Ce sont les articles 66 et 335, al. 2. Le premier vise les mineurs de 16 ans (18 ans depuis la loi du 12 avril 1906) traduits devant les tribunaux et qui acquittés comme ayant agi sans discernement sont envoyés dans une colonie pénitentiaire pour y être élevés et détenus le nombre d'années que détermine le jugement, mais qui ne peut excéder le temps où ils auraient atteint leur majorité. Cette disposition se justifie d'elle-même. En l'édictant, le législateur s'est inspiré d'une juste méfiance contre l'incapacité ou l'indignité des parents qui ont laissé commettre à leurs enfants des faits délictueux. Le second prive des droits de puissance paternelle, énumérés au titre IX, les père et mère coupables d'excitation habituelle de mineurs à la débauche. Mais soit par oubli, soit par un respect mal entendu de l'autorité paternelle, le législateur de 1810 n'a pris qu'une demi-mesure. Il n'a d'abord prévu qu'une situation spéciale et il l'a réglé d'une façon trop étroite et trop timide, puisque les pénalités étant de droit strict, par cela même qu'il n'en parle pas, il laisse à ces parents indiquer les droits qui sont disséminés dans les autres titres du Code, droit d'émancipation, de consentement au mariage, à l'adoption, et que la déchéance n'est encourue qu'à l'égard de celui de leurs enfants victime de leur immoralité.

(1) Le droit de contrôle et d'intervention des tribunaux a été très discuté. Cependant le plus grand nombre des auteurs

contre le père la privation du droit de garde, mais elle ne dépassa jamais cette limite. Il fallut attendre jusqu'aux lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1898, pour trouver un système d'ensemble de déchéance de la puissance paternelle.

La loi du 24 juillet 1889.

Il est très difficile de définir d'une façon précise le caractère de cette loi. Est-elle pénale, civile ou administrative? Il semble que ce soit en méconnaître la complexité que de vouloir lui attribuer un caractère unique. Il paraît plus exact de dire qu'elle a ce triple caractère. Elle est en effet une loi civile puisqu'elle touche à l'état des personnes, qu'elle influe sur l'organisation de la puissance paternelle et de la tutelle, puisqu'enfin la déchéance qu'elle édicte est en principe prononcée par les tribunaux civils. Elle présente aussi, au moins partiellement, le caractère d'une loi pénale puisque la déchéance est encourue à la suite de certaines condamnations. Enfin elle est surtout dans la deuxième partie de son texte une loi admi-

---

l'admettait, parce que, bien que non écrit dans un texte, il était fondé sur la nécessité. Au reste, dans l'ancienne France, sous la pression des besoins, l'intervention des tribunaux avait été unanimement admise. Il est vrai que la coutume conférait aux Parlements un pouvoir discrétionnaire que l'on n'admet plus aujourd'hui.

nistrative, une loi d'assistance destinée à favoriser et à aider la charité publique et privée dans l'œuvre d'éducation des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

La loi de 1889 a introduit dans notre législation le principe, jusque là contesté, de la déchéance de la puissance paternelle. Cette déchéance, tantôt encourue de plein droit à la suite de certaines condamnations pénales (art. 1er, par. 1, 2, 3 et 4), tantôt facultative pour les tribunaux même en dehors de toute condamnation pénale (art. 2, al. 1, 2, 3, 4, 5 et 6), est générale et absolue en ce sens que le père et la mère sont privés de leurs droits à l'égard de tous leurs enfants nés et à naître (art. 9). Elle est aussi totale et indivisible, car, sous réserve de l'obligation alimentaire qu'elle laisse subsister, elle entraîne la perte de tous les droits qui constituent la puissance paternelle (art. 1er). Enfin elle est perpétuelle et seule une décision judiciaire peut y mettre fin.

En élargissant dans une notable mesure la portée de la législation antérieure, elle a réalisé un progrès considérable. Mais outre les graves lacunes de fait et de droit qu'elle contient (elle laisse, en effet, sans protection les mineurs condamnés et les abandonnés de plus de seize ans), on peut lui reprocher son manque de souplesse en édictant uniformément une mesure aussi profonde que la déchéance totale et générale de la puissance paternelle, alors que dans certains cas il suffirait pour

atteindre le but poursuivi de retirer aux parents indignes le droit de garde et d'éducation. Aussi l'application de la loi de 1889 a-t-elle souffert de la rigueur du principe adopté. Comme le signalait M. Brueyre dans son rapport au comité de défense, « la situation des tribunaux sera parfois fort difficile, car deux écueils sont à redouter : ou les tribunaux prononceront des déchéances dans des cas où la mesure est plus rigoureuse que ne le comportent les circonstances, ou bien ils reculeront devant les conséquences de la déchéance et alors le but de protection, que poursuit la loi, ne sera pas atteint ».

La loi du 19 avril 1898.

Dans l'œuvre du législateur de 1898, il y a deux lois juxtaposées mais bien distinctes: l'une est pénale, augmentant les pénalités édictées auparavant contre les parents coupables (art. 1, 2, 3 modifiant les articles 312, 349 à 353 du Code pénal et l'art. 2 de la loi du 7 décembre 1874); l'autre est civile et à côté de la déchéance absolue de la loi de 1889 institue un système de déchéance partielle, la destitution du droit de garde. Ces articles 4 et 5 constituent la partie capitale de la loi et dans leur simplicité apparente apportent une législation nouvelle en matière de protection de l'enfance. Leur introduction dans la loi, due à M. Bérenger, passa presque inaperçue, car pas plus au Sénat qu'à la Chambre ils ne suscitèrent de discussion. Leur for-

mule large « dans tous les cas de crimes ou délits commis par des enfants ou sur des enfants » donne à la loi une portée considérable, bien plus étendue en tout cas que celle de 1889. Le mécanisme en est en outre beaucoup plus simple, car la mesure est moins grave, puisque la déchéance toujours facultative se borne à la privation du droit de garde et ne vise qu'un seul enfant. Enfin, la destitution qu'elle établit, au lieu d'être définitive comme la précédente, comporte un double degré, provisoire avec l'ordonnance du juge d'instruction, définitif avec le jugement du tribunal.

A l'heure actuelle, les tribunaux ont l'option entre les systèmes de la loi de 1889 et de celle de 1898. Ce dernier semble préféré par les tribunaux, qui, sauf les cas d'application de l'article premier de la loi de 1889 sont presque toujours arrêtés par des scrupules provenant de ce que la déchéance totale et absolue de la puissance paternelle est souvent en disproportion avec la faute poursuivie (1).

---

(1) A côté de ces textes qui dépouillent de tout ou partie de leurs droits les parents ayant abusé de leur autorité, il en est d'autres dont le résultat est de protéger les enfants, non point en prononçant des restrictions ou des déchéances, mais en imposant des mesures qui modifient le libre exercice de la puissance paternelle. Au nombre de ces lois on peut citer : la loi du 23 décembre 1874 sur la protection du premier âge, qui réglementant l'industrie nourricière impose aux parents, dont les enfants âgés de moins de deux ans sont hors de leur domicile placés en nourrice, en se-

vrage ou en garde, l'obligation d'en faire la déclaration; la loi du 24 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire qui s'applique à tout enfant de l'un et de l'autre sexe âgés de 6 à 13 ans; la loi du 22 février 1851, relative aux contrats d'apprentissage, qu'elle sanctionne au cas de violation illégitime de la part des parents, de dommages et intérêts envers le maître, en même temps qu'elle limite et détermine la nature du travail des apprentis d'après leur âge; les lois du 22 mars 1884, du 19 mai 1874, sur le travail des enfants employés dans l'industrie, abrogées et remplacées par la loi du 2 novembre 1892, elle-même modifiée par celle du 30 mars 1900, dont le but est de protéger le développement physique de l'enfant en empêchant qu'il ne soit soumis trop jeune à un travail prolongé ou qui dépasserait ses forces.

DEUXIÈME PARTIE

Le Droit public

Le service des Enfants assistés

CHAPITRE PREMIER

Historique.

Quoique l'on en rencontre des manifestations isolées, on ne peut pas dire que l'assistance existe dans l'antiquité. La notion d'un devoir social de protection envers les malheureux est chose inconnue. Le groupe familial absorbe toutes les individualités. Le patriarche est le maître absolu des personnes et des biens, et en échange, dans l'intérieur du groupe qu'il dirige, il assume les obligations de protection et d'entretien.

Nous avons déjà dit combien la condition de l'enfance est précaire. L'avortement, l'infanticide, les abandons et les expositions d'enfants sont d'une manière générale admis par les mœurs et par les lois. Par nécessité et pour empêcher, surtout si le pays est peu fertile, que la population ne devienne plus considérable que les moyens d'existence, on

sacrifie principalement les enfants faibles et difformes. Les petits êtres échappés à la mort sont pour la plupart recueillis par des marchands d'esclaves pour être vendus ou livrés à la prostitution et aux écoles de gladiateurs.

Des tentatives sont faites cependant pour améliorer le sort des enfants abandonnés et des orphelins. Auguste les fait participer aux distributions de vivres. Trajan crée à leur profit des caisses alimentées par les intérêts de sommes prêtées à des particuliers, dont les revenus sont employés à l'entretien des enfants pauvres. Mais ces fondations ne peuvent remédier à l'étendue du mal et la mauvaise administration impériale, la dilapidation des revenus de l'Etat les font bientôt disparaître. Sous l'influence de l'Eglise, les empereurs romains prennent des mesures à l'égard des abandonnés. En 315, Constantin prescrit que, lorsque à raison de leur extrême indigence les parents ne pourront élever leurs enfants, le trésor de l'empire et celui même de l'empereur fourniront des subsides, car les secours à donner aux enfants, qui viennent de naître, ne comportent pas de retard. Cet effort généreux, trop considérable, étant donné l'état matériel et moral de l'empire, ne peut être continué et les parents sont à nouveau autorisés, au cas d'extrême misère, à vendre leurs nouveau-nés. Quelques années plus tard, Valentinien, Valens et Gratien sanctionnent les abandons d'enfants de la privation des droits paternels. Puis sont abrogées

les lois qui confèrent à celui qui a recueilli un droit de propriété sur l'enfant abandonné. Les résultats de cette abrogation sont si fâcheux qu'en 451, on décide que le *nutritor* recevra, en sus du prix d'achat payé par lui, une indemnité fixée au cinquième de ce prix. Il faut arriver à Justinien pour trouver définitivement établis, les droits naturels de l'enfant abandonné. Des peines sévères sont édictées contre l'exposition des nouveau-nés. Les enfants délaissés sont affranchis de toute servitude. De son côté, l'Eglise, lorsqu'elle a conquis sa liberté, fonde des hôpitaux, des asiles, que la législation civile favorise et qu'elle place sous la direction des évêques. Malgré ces efforts, le sort de l'enfance n'en demeure pas moins précaire, car la corruption continue ses ravages dans tous les rangs de la société, tandisque la pénurie du fisc et les dangers extérieurs font obstacle à la réalisation des lois excellentes dont nous venons de parler.

Au cours des premiers siècles, qui suivent la chute de l'empire romain, on trouve peu d'actes certains, qui nous renseignent sur le sort des enfants abandonnés. S'il faut en croire Tacite, la condition de l'enfance aurait été meilleure chez les barbares, où, observe-t-il, « les bonnes mœurs ont plus d'empire qu'ailleurs les bonnes lois ». Cependant les expositions, les abandons et les ventes d'enfants sont de pratique courante. La législation du pouvoir civil est inefficace. Seule, en ces époques de troubles, de violences et de meurtres,

l'Eglise conserve sa puissance et son ascendant. Elle s'efforce de recueillir et d'élever les orphelins et les abandonnés, qu'elle dirige vers le sacerdoce et les cléricatures inférieures. Les conciles favorisent ce mouvement. Le synode de Tours, tenu en 566, invite chaque communauté d'habitants à nourrir ses pauvres et les évêques enjoignent aux ecclésiastiques de s'employer à faire élever les orphelins par des femmes chrétiennes et de veiller à ce que les parents ne fassent mourir les enfants dont ils se trouvent surchargés. Dès le VIIIe siècle, on trouve à Milan ouvert par l'archiprêtre Dateus, un asile uniquement destiné à l'enfance abandonnée. Les enfants exposés dans les églises y sont confiés à des nourrices, on leur apprend ensuite un métier et une fois élevés, ils sont libres. A partir de cette époque les orphelins et les abandonnés sont reçus dans les maisons de Dieu. Les Carolingiens s'efforcent de favoriser les fondations d'asiles, désignés sous les noms de *brephotrophia* (hospices d'enfants trouvés) et *orphanotrophia* (orphelinats). Mais le pouvoir royal centralisé entre les fortes mains de Charlemagne s'émiette peu à peu avec ses successeurs, qui, incapables de le retenir, le laissent se diviser, se morceler entre leurs seigneurs, bientôt plus puissants qu'eux.

Aux IXe et XIe siècles, marqués de guerres incessantes et d'interminables famines, l'enfance est peu protégée. D'après la majorité des coutumes, les orphelins et les enfants abandonnés sont mis à la

charge des seigneurs. Ceux-ci, en effet, en échange des services qu'ils rendent à une époque où chacun doit se mettre sous la protection d'un plus puissant que soi, s'attribuent divers droits, au nombre desquels figurent presque toujours ceux d'épaves, de confiscations, de possession de trésor trouvé, de déshérence et de bâtardise. Comme conséquence et par aplication de la maxime : « *ubi emolumentum, ibi onus* », ils sont tenus de pourvoir à l'entretien des enfants trouvés dans l'étendue de leur justice. Ces enfants sont pour eux une épave onéreuse, qu'ils ne peuvent refuser. Les seigneurs, ne retirant aucun profit de cette protection, chercheront d'ailleurs à s'en affranchir et il faudra que le Parlement intervienne pour sanctionner cette obligation. Dans les provinces, comme en Bretagne, en Dauphiné, où les seigneurs ne jouissent pas des droits dont nous venons de parler, la charge des orphelins incombe aux communautés d'habitants. Les municipalités passent des traités avec les établissements hospitaliers, qui, moyennant un prix de pension, s'occupent d'élever ces enfants.

Le XVII[e] siècle marque une étape importante dans l'histoire des enfants trouvés. En dehors du remarquable essor du mouvement charitable, auquel est attaché le nom de saint Vincent de Paul, la création par Louis XIV des Hôpitaux Généraux tend à donner à la protection de l'enfance abandonnée le caractère d'un service public. Ce caractère n'est pas très accentué, car on ne conçoit pas

encore l'assistance comme un devoir social. Le rattachement des maisons d'enfants trouvés à un hôpital général, établissement public, a plutôt pour but de garantir une bonne administration que de placer sous la direction de l'Etat ce qui jusque là ne constituait qu'une œuvre privée.

A Paris, les enfants exposés aux portes des églises, des hôtels, des couvents, dans les rues, sont envoyés à la maison de la Couche par des préposées, désignées par les administrateurs de l'hospice et par les commissaires du Châtelet. Mais comme le nombre des abandons rend impossible la levée des enfants par les commissaires, l'usage s'établit que les personnes, qui ont trouvé un enfant, l'apportent à l'hôtel du commissaire de leur quartier et, vers le milieu du XVIII[e] siècle, les abandons directs par les nourrices, les sages-femmes et les parents se généralisent au point que le système primitif d'exposition est décidément transformé et et que le délaissement dans les rues n'est plus que l'exception.

Recueillis à la maison de la Couche ou envoyés à la Salpêtrière, les enfants sont confiés à des nourrices attachées à ces établissements. Des dames de charité leur font de fréquentes visites pour s'assurer qu'ils sont bien traités. En dépit des récompenses offertes pour les attirer, la pénurie de nourrices a bientôt pour résultat l'envoi des enfants en province pour y être élevés. Des intermédiaires, meneurs et meneures, s'offrent pour faciliter le

recrutement des nourrices, puis la pratique s'introduit des envois par commission lorsque les nourrices amenées par les meneurs ne sont pas en nombre suffisant.

Laissés à leurs nourrices jusqu'à l'âge de cinq ans, afin que, disent les règlements, « s'étant fortifiés à la campagne ils soient plus capables de supporter l'air des maisons de l'Hôpital général », les enfants sont ramenés à Paris et placés à la Pitié ou à la Salpêtrière, où on leur donne une instruction élémentaire, après laquelle ils sont mis en apprentissage. Les charges ne cessant de s'accroître, on doit, par suite de l'insuffisance des ressources, laisser dans les provinces un grand nombre d'enfants. C'est le système de placement en pension chez des artisans ou des cultivateurs, qui est actuellement pratiqué. Une rétribution est accordée jusqu'à l'âge de 14 ans pour les garçons et de seize ans pour les filles.

En Province, malgré la création des hôpitaux généraux, on ne rencontre aucune uniformité dans les mesures prises à l'égard des enfants délaissés. Les hôpitaux généraux ne reçoivent que rarement la mission d'accueillir les enfants en bas âge. Les intendants prennent l'habitude de désigner un établissement, hôtel-dieu, hôpital, fondations spéciales, pour recevoir les trouvés d'un bailliage. C'est du reste la conséquence du mouvement inauguré sous Louis XIV et qui consiste à remplacer les petits hospices particuliers, sans grandes ressources

par de vastes établissements solidement dotés par des contributions levées sur les seigneurs, sur les communautés d'habitants ou fournies par le Trésor royal. Comme dans la capitale, les enfants sont placés en nourrice, moyennant un salaire le plus souvent trop faible, jusqu'à un âge, qui varie de cinq à sept ans. Ramenés ensuite à l'hospice ou à l'hôpital général, on leur fait apprendre une profession, afin que, devenus grands, ils puissent gagner leur vie. Cependant tandis qu'à Paris, l'admission des enfants trouvés a lieu en quelque sorte à bureau ouvert, dans les provinces, elle est sévèrement réglementée et bien que le tour fonctionne dans quelques villes, il ne supprime pas la recherche des parents.

Malgré l'œuvre considérable accomplie, malgré l'organisation d'une surveillance que l'on s'efforce de rendre effective, la mortalité des enfants trouvés est considérable, puisque, à la veille de la Révolution, elle s'élève tant à Paris que dans les provinces à plus de 70 pour cent.

Avec la Révolution, la protection de l'enfance, jusque là inspirée par l'idée de charité, prend un autre caractère. Elle devient un devoir social. Le comité de mendicité, qui est chargé de s'occuper des questions d'assistance, élabore un plan d'organisation d'un service des enfants assistés, dont les dispositions essentielles peuvent ainsi se résumer. Les enfants abandonnés doivent être portés à la maison commune pour être sans retard placés en

nourrice. Après le sevrage, ils sont par les soins du Directoire du district envoyés chez des particuliers auxquels une rétribution annuelle est versée jusqu'à l'âge de 14 ans pour les filles et de 15 ans pour les garçons. De 15 à 18 ans, les enfants doivent gratuitement leur services à ceux qui les ont recueillis. Après 18 ans, ils peuvent disposer d'eux-mêmes. Mais ce projet reste sans suite, l'Assemblée nationale s'effrayant des difficultés d'exécution qu'il présente et des dépenses qu'il nécessite. Cependant le sort de l'enfance abandonnée est l'objet constant des préoccupations des législateurs de l'époque. D'excellentes mesures sont prises, que le défaut de ressources empêche d'aboutir, au nombre desquelles on peut citer : le décret du 29 novembre 1790, qui, les justices seigneuriales ayant été supprimées, décharge les anciens seigneurs justiciers de l'obligation de nourrir les trouvés et en fait supporter la charge par le Trésor public ; la constitution du 3 septembre 1791 décidant qu'il sera créé un établissement général des secours publics; les lois du 24 vendémiaire an II, dont le titre V pose les règles du domicile de secours, du 28 frimaire an V, qui règle le sort des enfants abandonnés, ordonne leur transfert à l'hospice le plus proche du lieu où ils auront été trouvés et que complète l'arrêté du 30 ventôse de la même année sur la manière d'élever et d'instruire les enfants confiés à la bienfaisance publique.

En dépit de ces textes excellents, le sort des

enfants trouvés est des plus précaires. Dans sa générosité, la Révolution ouvre trop grandes les portes des hospices, où l'on admet tous les enfants même non nécessiteux, où les mères, après avoir abandonné leurs enfants, viennent les reprendre pour les élever avec la rétribution accordée aux nourrices. D'autre part le manque d'argent fait obstacle à la réalisation des réformes votées. Les nourrices payées en assignats sont d'un recrutement difficile et la mortalité atteint, en 1795, l'énorme proportion de 92 pour cent.

Il faut arriver à la loi du 15 pluviôse an XIII pour rencontrer une réglementation susceptible de produire des effets durables. C'est ensuite le décret-loi du 19 janvier 1811, qui définit les catégories d'enfants qui seront secourus par la bienfaisance publique, qui institue le tour et met à la charge des hospices les dépenses des enfants trouvés sauf contribution de l'Etat dans une limite de 4 millions.

En dehors des lois des finances de 1817, 1818, 1819, 1820, qui, devant la gêne du Trésor, transportent la charge de l'Etat aux budgets départementaux, on ne rencontre pendant la période qui s'étend de la fin du premier empire à 1869, que des instructions ministérielles, qui commentent et développent le décret de 1811.

Comme les abandons et les dépenses du service ne cessent de croître, en 1848, le gouvernement décide une grande enquête en vue de préparer un projet de loi sur les enfants assistés. Le coup d'Etat

de 1851 n'interrompt pas l'élan donné et une commission présidée par de Watteville adresse au ministre de l'intérieur un rapport suivi d'un règlement modèle sur la question des tours, les secours aux filles mères et mères légitimes, sur la tutelle et le régime financier. Après une longue attente et, au lieu de la loi générale tant escomptée, la loi du 5 mai 1869 est votée, qui ne règle que le côté financier du problème. Les hospices, qui succombent sous le poids des charges que leur a imposées le décret de 1811, sans leur créer des ressources parallèles, sont exonérés de toute dépense, et ainsi, sauf en ce qui concerne la tutelle, le service cesse d'être hospitalier pour devenir départemental. Les dépenses sont désormais supportées par l'Etat, les communes et les départements.

Après la chute de l'Empire, la troisième République commence son œuvre. Elle donne aux Conseils généraux le droit de statuer définitivement sur le service des enfants assistés ainsi que sur la part des dépenses, qui sera mise à la charge des communes. Puis c'est à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection départementale, que s'attache le gouvernement. Une série de décrets indique les conditions de recrutement et pourvoit à l'avancement du personnel. Les secours temporaires attirent à leur tour l'attention des pouvoirs publics et diverses circulaires ministérielles s'efforcent d'assurer le but à atteindre, prévenir les abandons. Ce sont ensuite les lois du 24 juillet 1889

et du 19 avril 1898, qui créent de nouvelles catégories d'enfants assistés et à côté des matériellement abandonnés, les seuls auxquels jusque là s'étend le bénéfice de l'assistance, viennent prendre place les moralement abandonnés.

Ainsi, peu à peu, s'est organisée l'assistance aux enfants. Avec le temps, son utilité et son importance apparaissent plus vivement aux yeux du législateur, et les règles qui les concernent s'améliorent et se perfectionnent.

Cependant cette législation confuse et touffue présentait de multiples inconvénients et appelait une réforme. Elle était d'autant moins homogène qu'à côté de la législation théorique et pour remédier à ses lacunes et à ses défectuosités, toute une jurisprudence administrative s'était créée, établie sur des décrets, circulaires ministérielles, arrêts du Conseil d'Etat ou de l'autorité judiciaire, qui ne pouvait avoir ni la précision, ni l'autorité surtout d'une loi organique.

Dès 1889, Henri Monod, directeur de l'Assistance publique dans un rapport au mnistre, appelle son attention sur la nécessité et l'urgence d'une révision générale des textes. Soumis à l'examen du Conseil supérieur de l'Assistance publique, ce rapport donne lieu à la rédaction par cette assemblée d'un texte définitif, d'après lequel le gouvernement prépare un projet de loi déposé sur le bureau du Sénat le 18 février 1892. Renvoyé à une commision spéciale, le rapport de celle-ci est

adopté intégralement par le Sénat et par la Chambre des députés. Enfin la loi tant attendue est promulguée le 27 juin 1904. Le lendemain était votée aussi la loi relative à l'éducation des pupilles de l'Assistance publique difficiles et vicieux, dont, pour éviter des lenteurs dans la discussion de la loi générale, le gouvernement avait fait un projet spécial.

Depuis 1904, des mesures nouvelles sont intervenues, qui apportent des modifications ou des additions à la loi du 27 juin, parmi lesquelles on peut citer : la loi des finances du 22 avril 1905, dont l'article 43 modifie les articles 3 et 7 du texte organique; celle du 18 décembre 1906, qui par des règles précises remédie aux lacunes et aux obscurités des dispositions relatives à l'administration des biens pupillaires; enfin la loi des finances du 14 juillet 1911, qui modifie profondément la législation du domicile de secours des enfants assistés.

CHAPITRE II

Notions Générales

I. — Caractères de l'assistance.
II. — Organisation administrative.
III. — Domicile de secours et Régime financier.

I

Caractères de l'Assistance

Le service des enfants assistés présente une physionomie originale et sur bien des points essentiels se distingue des autres services d'assistance. C'est ainsi qu'il apparaît bien plus comme une organisation de haute tutelle, que comme une administration de bienfaisance. Car, tandis que l'assistance

aux autres misères est une générosité, celle qui s'adresse aux enfants est pour la société une nécessité et sa mission ne consiste pas seulement à lui assurer la sécurité, mais à réaliser avant tout l'œuvre d'éducation, qui en fera plus tard un sujet utile à l'Etat.

Si le principe de l'assistance obligatoire, applicable à tous les individus, soulève des critiques, le principal argument, que l'on fait valoir à l'encontre du droit au secours, n'est pas opposable quand il s'agit de l'enfance. La société, dit-on, ne saurait garantir le droit au secours à certains de ses membres sans amener l'individu à oublier le premier des devoirs qui lui incombent, celui de se procurer par son travail les ressources nécessaires à son existence. Le rôle de la société a un tout autre caractère à l'égard de l'enfant, appelé à devenir une individualité productive, mais qui, à raison de sa faiblesse et de son incapacité, ne saurait être tenu de pourvoir à ses besoins. Et, si l'on consulte le passé, on peut voir que l'assistance donnée aux enfants, tout au moins depuis la période révolutionnaire, a toujours présenté le caractère d'une véritable obligation pour la société.

L'assistance aux enfants est donc obligatoire, non pas en ce sens que l'on peut réclamer au département l'assistance au nom de l'enfant, qui y aurait un droit, mais à raison du caractère de nécessité que revêt la mesure à prendre. Aussi, il n'a pas été besoin pour celle-ci d'organiser, comme

l'ont fait les lois de 1893 et de 1905, un droit individuel, ou plus exactement une aptitude à être secouru, qui permet à l'individu, lorsque certaines conditions (domicile de secours, inscription sur la liste d'assistance) sont réalisées, de réclamer les secours publics. La loi de 1904 s'est bornée à imposer l'obligation d'assister aux personnes morales chargées de ce soin, obligation sanctionnée par l'inscription d'office. Et l'on ne conçoit guère, un service public d'assistance étant organisé, que l'on refuse d'accepter un enfant rentrant dans son cadre.

De là il suit que, contrairement au principe fondamental de notre législation d'assistance, en vertu duquel les secours publics ne sont dus qu'aux personnes indigentes, les services de l'enfance ne s'adressent pas qu'aux enfants misérables. L'enfant même fortuné ou dont les parents sont dans l'aisance, ce qui est d'ailleurs très rare, n'en doit pas moins être admis, s'il est en danger d'abandon, sauf bien entendu le recours de l'administration contre les personnes tenues à la dette alimentaire.

L'objet du service des enfants assistés n'est pas, non plus, comme on pourrait le croire, de dispenser l'assistance sous toutes ses formes. L'enfance indigente relève en effet du droit commun. Les enfants atteints de maladies temporaires appartiennent à la loi sur l'assistance médicale gratuite; les enfants infirmes et incurables, les enfants indigents relèvent de l'assistance communale, bureaux de bienfaisance et hospices; ceux qui sont atteints

d'aliénation mentale sont hospitalisés en vertu de la loi du 30 juin 1838; enfin les enfants de familles nombreuses sont secourus par l'assistance départementale.

Quoique le service des enfants assistés soit départemental, l'assistance qu'il procure est nationale. Les mesures prises pour éviter l'abandon d'un enfant ou pour réglementer son admission, intéressent la société toute entière. Il n'existe aucun lien entre l'enfant abandonné et le département qui prend soin de lui. Le domicile de secours que l'on assigne à l'enfant assisté ne répond qu'à un intérêt purement administratif. Si la législation actuelle a laissé aux départements le soin de gérer ce service, qu'ils ont en quelque sorte créé, c'est que la commune aurait offert un cadre trop étroit pour le jeu des organes nécessaires. D'autre part, si on en avait fait un service national, on se serait privé de la faculté que donne l'intervention des Conseils généraur de l'adapter, tout au moins dans les détails de son fonctionnement, à la diversité des milieux.

II

Organisation administrative

Le fonctionnement du service départemental des enfants assistés nécessite l'intervention de trois autorités différentes : le Conseil général — le Pré-

fet et l'Inspecteur de l'Assistance publique — Le Ministre de l'Intérieur.

A. — *Le Conseil général*

Les attributions du Conseil général sont triples : il délibère, il donne des avis, il contrôle.

Délibérations. — Il règle tous les points que la loi n'a pas fixés elle-même. C'est ainsi qu'il détermine l'organisation des bureaux et des agences; du service médical et pharmaceutique; des layettes et des vêtures; des prix de journée des établissements dépositaires; des salaires et allocations diverses, primes de légitimation, primes de survie allouées aux nourrices, lorsque l'enfant a quinze mois révolus, des récompenses accordées, lorsque l'enfant a treize ans, aux nourriciers, qui ont gardé le pupille pendant dix ans au moins et l'ont régulièrement envoyé à l'école publique. Il réglemente les secours temporaires, dont il détermine, en vertu de l'art. 7, le mode, la quotité, la périodicité et la durée; les secours dits de premier besoin offerts et immédiatement alloués à la mère, qui, venue au bureau dépositaire dans l'intention d'abandonner son enfant, décide de le garder avec elle. Il crée, dans les cas où il le juge utile, des emplois de visiteurs ou de visiteuses d'enfants. Il nomme les membres du conseil de famille, qui sera chargé

d'assister le tuteur et partagera avec lui les attributions tutélaires, telles qu'elles sont déterminées par le Code civil. Enfin il décide la prolongation du paiement de la pension, lorsqu'il s'agit d'enfants infirmes ou d'enfants auxquels, en raison de leurs facultés exceptionnelles, on fait donner l'enseignement primaire supérieur au secondaire.

Les délibérations du Conseil général, au contraire de ce qui se produit pour les autres services d'assistance où elles sont simplement exécutoires sauf suspension, sont définitives et ne peuvent être annulées que pour excès de pouvoir.

Avis. — Le Conseil général est en outre appelé à donner son avis sur la désignation, sur l'ouverture ou la fermeture des bureaux d'abandon (art. 8 et 19 de la loi du 27 juin 1904). Il est aussi consulté sur l'établissement du tableau annexé à la loi des finances, qui, tous les cinq ans, détermine par zone les tarifs minima des secours temporaires, salaires des nourrices, primes de survie et prix des pensions.

Contrôle. — A côté du contrôle général et annuel qu'il exerce par l'examen du rapport sur le service, qui lui est à la session d'août soumis par le préfet, le Conseil général, par l'intermédiaire d'une commision dite de contrôle, suit de très près le fonctionnement du service. Cette commission, dont la loi n'a pas fixé la composition, doit se réu-

nir périodiquement pour donner son avis sur les questions que le préfet lui soumet ou qu'elle croit devoir lui signaler. A défaut de désignation par le Conseil général, c'est la commission départementale, qui en fait fonction. Cette commission, hors l'attribution des dots sur proposition du préfet, n'a aucun pouvoir d'administration et son rôle se borne à contrôler les dépenses du service, à demander communication des opérations effectuées. Tous les ans, elle présente au Conseil général un rapport sur le service (article 33, loi de 1904).

B. — *Le Préfet et l'Inspection départementale.*

L'administration active appartient au préfet et sous l'autorité de celui-ci à l'inspecteur départemental de l'Assistance publique. Mais l'inspecteur n'a que le droit d'initiative, la décision étant réservée au préfet, qui, seul, a qualité pour engager les finances départementales et pour révoquer les agents des départements.

Pour administrer le service des enfants assistés un personnel, qui porte le nom d'inspection départementale, est mis à la disposition du préfet. Ce n'est pas, comme pourrait le faire croire son nom, un corps de contrôle, mais un corps d'administration, dont les agents, quoique nommés par l'Etat et rétribués par lui, assurent l'exercice d'un service départemental. Il comprend un inspecteur, un ou

plusieurs sous-inspecteurs, un ou plusieurs commis suivant l'effectif des enfants assistés, recrutés par la voie du concours (1).

Les attributions de l'inspection sont les unes spéciales au service des enfants assistés, les autres, variant d'ailleurs avec les départements, ont trait à l'application des diverses lois d'assistance. Au nombre des premières, les seules qui nous intéressent, figure la surveillance directe et sur place des pupilles et des enfants secourus. C'est même le devoir essentiel de leur charge. Par des visites à domicile, ils peuvent se rendre compte de la qualité des soins donnés à l'enfant et de la valeur du milieu où il se trouve et ainsi préparer les décisions qu'ils auront à soumettre au préfet ou à prendre eux-mêmes, s'ils ont reçu délégation de la tutelle. L'inspection est en outre chargée d'instruire les demandes d'admission ou de secours temporaires, de recruter les nourrices et les patrons, de distribuer les layettes et les vêtures, de préparer les contrats de placement. Chaque année, l'inspecteur adresse au préfet, qui le soumet au Conseil général, un rapport sur le service.

A côté de ce personnel, qui est le cadre d'Etat, il existe un cadre départemental, dont l'impor-

---

(1) Un règlement d'administration publique du 28 juillet 1906, rendu par application de l'article 30, loi de 1904, en détermine les conditions d'admission.

tance, la composition et les attributions varient selon les départements et selon les besoins.

C. — *Le Ministre de l'Intérieur*

Il n'a sur le service des enfants assistés qu'un droit de contrôle, qui s'exerce sur les pièces que les préfectures fournissent annuellement et par des tournées annuelles que font les inspecteurs des services administratifs du ministère de l'Intérieur et les inspectrices générales des services de l'Enfance (1).

III

Domicile de Secours et Régime Financier

A. — *Le Domicile de Secours*

C'est un domicile spécial, un domicile administratif, n'ayant rien de commun avec celui du droit civil, dont il diffère par les effets, par le mode d'acquisition, et qui fait l'objet de dispositions léga-

---

(1) Chaque année, le Ministre de l'Intérieur publie une statistique de la mortalité des enfants assistés et tous les cinq ans un rapport exposant la situation du service est présenté au Président de la République. Ce rapport est inséré au *Journal Officiel*.

les particulières. On peut le définir : le lieu où les enfants seront recueillis ou secourus par le service chargé de leur venir en aide.

Son importance est considérable, car, d'un côté, il permet l'attribution à un département déterminé de la garde et de la tutelle de l'enfant et, d'autre part, il facilite la répartition des charges financières, en rendant possible la répétition des sommes indûment versées par un département contre celui qui est débiteur à raison du domicile de secours (1).

Il a eu des fortunes diverses. Sous l'ancien régime, où, lorsque la charge n'en incombe pas aux seigneurs, chaque comunauté doit nourrir ses pauvres, comme l'exige l'ordonnance de Moulins de 1556, il n'est pas une règle de droit, mais un moyen commode de localiser la bienfaisance en rejetant hors du groupe communal les indigents qui n'y sont pas nés ou domiciliés. Il faut arriver à la Révolution pour trouver un texte qui pose nettement la question du domicile de secours. C'est le titre V de la loi du 24 vendémiaire an II. Encore on ne le considère à cette époque que comme un

---

(1) L'action en répétition pour paiement d'indu se prescrit au bout de deux ans. On a voulu ainsi éviter les difficultés de preuve qui n'auraient pas manqué de se produire, les réclamations étant le plus souvent fondées sur des questions de fait, difficiles à apprécier dès qu'elles sont éloignées dans le temps.

moyen de localiser la bienfaisance, puisque tous les services d'assistance sont déclarés services d'Etat.

La législation de l'an II, qui établissait comme domicile de secours le lieu de naissance, non point entendu comme lieu où s'était produit l'accouchement, mais comme lieu où la mère avait l'habitude de résider avant l'accouchement, reposait sur une base mauvaise, dont les inconvénients se dévoilèrent à l'usage. Il arrivait fréquemment en effet qu'un individu se réclamât d'une collectivité, qui ne l'avait jamais compté parmi ses membres. De plus, sans parler des complications administratives auxquelles elle donnait lieu, elle avait, ayant donné au domicile de secours un caractère trop personnel, des conséquences absolument contraires à l'unité de la famille. Il se produisait souvent que les membres d'une même famille eussent chacun un domicile de secours distinct et parfois très éloigné.

Des modifications ne pouvaient manquer de se produire. Elles sont l'œuvre des lois du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, de la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, de la loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables, en sorte que d'une réglementation en principe unique du domicile de secours, on a abouti à une série de réglementations variant avec les services.

Nous ne pouvons passer sous silence la loi de 1893

parce que les règles qu'elle pose, bien que faites seulement pour le mode d'assistance qu'elle prévoit, ont été par la jurisprudence étendues à toutes les catégories d'assistés et que, jusqu'en 1904, elles ont régi les enfants assistés.

Aux termes de cette loi, le domicile de secours s'acquiert par résidence, par la filiation, par le mariage et très subsidiairement par la naissance. Seuls nous intéressent les modes d'acquisition par la filiation et par la naissance.

L'article 6, al. 2, attribue à l'enfant le domicile de secours du père et dans le cas de survivance de la mère ou de reconnaissance d'un enfant naturel par la mère seule, le domicile de secours de la mère. En cas de séparation de corps ou de divorce des époux, l'enfant légitime partage le domicile de celui de ses auteurs à qui a été confié le soin de son éducation. Enfin dans les cas non prévus dans l'article 6, le domicile de secours est le lieu de naissance jusqu'à la majorité ou l'émancipation.

Malgré ses avantages sur la législation antérieure la loi de 1893 n'était pas faite pour les enfants. Au lieu d'un domicile unique, comme précédemment et déterminé par la naissance, l'enfant a le domicile de secours de ses parents. Or, les modes d'acquisition et de perte étant plus nombreux, il devait fatalement s'ensuivre une multiplication des difficultés pour la découverte de ce domicile et des enquêtes trop souvent faites sans discrétion, qui en étaient les conséquences.

Ces inconvénients n'avaient échappé à personne. Cependant les systèmes des lois de l'an II et de 1893 furent pratiqués jusqu'en 1904. L'explication de cette situation, c'est l'attente dans laquelle on se trouvait d'une réforme générale des services d'assistance aux enfants et d'une organisation spéciale de domicile de secours à leur appliquer. Cette réforme fut réalisée par la loi du 27 juin 1904, dont l'article 39 détermine les règles applicables en la matière.

D'après cet article, ont le domicile de secours :

1° Dans le département, où ils auront été admis à un établissement dépositaire, les pupilles de l'Assistance, c'est-à-dire les enfants trouvés, les enfants matériellement abandonnés les orphelins pauvres, les enfants maltraités, délaissés ou moralement abandonnés et aussi les enfants admis dans le service à titre provisoire, enfants en dépôt et enfants en garde.

2° Dans le département où ils sont nés, les enfants secourus et ceux-là seulement.

L'article 39 présentait comme avantage de supprimer toute recherche du domicile de secours, mais il avait pour inconvénient de surcharger les finances de certains départements, ceux où les grandes villes assurent aux mères coupables le secret de leur faute.

C'est pour parer à cet inconvénient et aussi pour essayer de développer l'application des secours temporaires que l'article 99 de la loi des finances

de 1911 a modifié la législation de 1904. Trop souvent, en effet, le département chargé par la loi d'accorder le secours préventif d'abandon, n'avait aucun intérêt direct à éviter l'abandon.

Désormais le domicile de secours se trouve ainsi établi :

1° Ont le domicile de secours dans le département où ils ont été portés à un établissement dépositaire les enfants trouvés et ceux qui ayant moins de sept mois sont admis à bureau secret.

2° Dans le département où ils sont nés, les enfants secourus, en dépôt ou en garde, les enfants matériellement abandonnés, les orphelins pauvres, les délaissés, maltraités ou moralement abandonnés..

Les enfants qui n'ont leur domicile de secours dans aucun département sont à la charge de l'Etat, comme aussi les enfants étrangers, puisque la loi de 1904, étant une loi de sûreté et de police, s'applique à eux.

Les contestations auxquelles donne lieu la détermination du domicile de secours, soumises jusqu'en 1904 au Conseil d'Etat, qui statuait en premier et en dernier ressort, sont désormais jugées par le Ministre de l'Intérieur, sauf appel devant le Conseil d'Etat. La procédure, dont la loi n'a pas réglé les formes, a été établie par la jurisprudence ministérielle sur des bases analogues à celle qui est suivie devant les tribunaux administratifs.

B. — *Le Régime Financier*

Le service des enfants assistés étant départemental, son budget n'a pas d'individualité propre. Les recettes et les dépenses font l'objet d'articles spéciaux dans le budget départemental.

Il est soumis aux règles de la comptabilité départementale. Le préfet présente au Conseil général les prévisions des recettes et les crédits du service. Il exécute, liquide et ordonnance les paiements que le trésorier payeur général effectue: Toutes les opérations intéressant le service sont comprises dans le compte administratif du préfet et dans le compte de gestion du trésorier payeur général.

Le département fait l'avance de toutes les sommes nécessaires au fonctionnement du service. Pour diminuer les difficultés de trésorerie, l'Etat et les communes versent des acomptes en cours d'année, bien que la liquidation, qui fixe la part réelle de chacune des trois collectivités, n'ait lieu qu'en fin d'exercice.

Dépenses. — Les dépenses se divisent en dépenses du service et dépenses d'inspection et de surveillance. Les premières sont supportées dans la proportion de 2/5 pour l'Etat, 2/5 pour le département et 1/5 pour les communes. Elles comprennent : le salaire des préposées aux admissions; les

secours temporaires; les frais de séjour des enfants dans les établissements dépositaires, dans les écoles professionnelles prévues pour l'éducation des pupilles vicieux et difficiles et s'il y a lieu, les frais de location des immeubles affectés au service; les dépenses des nourrices sédentaires; les prix de pensions et les allocations, primes aux nourrices; les frais de layettes et de vêtures; les dépenses d'assistance médicale gratuite. Quant aux frais de surveillance et d'inspection, ils sont entièrement supportés par l'Etat.

Recettes. — A côté des contributions de l'Etat, des départements et des communes, qui proviennent de l'impôt, on remarque parmi les autres recettes : le produit des amendes correctionnelles, les remboursements des départements ou des familles, les revenus des biens et capitaux appartenant aux pupilles de moins de dix-huit ans et qui sont perçus à titre d'indemnité. Il convient d'y ajouter les dons et legs faits aux hospices et aux départements en faveur des enfants assistés et aussi les successions des pupilles mineurs décédés sans héritiers. Ces dernières recettes reçoivent une affectation spéciale. On les emploie à constituer des dots de mariage au profit des pupilles ou des anciens pupilles des deux sexes.

CHAPITRE III

Les enfants à la charge du service.

Le service des enfants assistés comprend :

1° Les enfants dits secourus et en dépôt, qui sont sous la protection de l'autorité publique;

2° Les enfants en garde, qui sont également sous la protection de l'autorité publique;

3° Les enfants trouvés, les enfants abandonnés, les orphelins pauvres, les enfants maltraités, délaissés ou moralement abandonnés. Ces enfants sont placés sous la tutelle de l'autorité publique et dits pupilles de l'assistance.

A côté des conditions propres à chaque catégorie et qui seront examinées par la suite, il en est d'autres, d'ordre très général, que doivent remplir les enfants de toute origine pour pouvoir être admis à l'assistance. Elles sont au nombre de trois: être mineur — rentrer dans l'une des catégories

prévues par la loi — faire l'objet d'une décision spéciale d'admission à l'assistance.

1° *Etre mineur.* — D'après l'article 1er de la loi de 1904 sont qualifiés enfants les mineurs de l'un et de l'autre sexe placés sous la protection ou sous la tutelle de l'autorité publique.

La loi de 1904 a voulu mettre fin aux errements des époques précédentes et tarir les controverses auxquelles avait donné lieu la législation antérieure. La loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811 avaient édicté que la tutelle administrative durerait jusqu'à la majorité ou l'émancipation. De la combinaison de ces deux textes, il résultait que les années pendant lesquelles les secours publics étaient dus, se divisaient en trois périodes : jusqu'à 6 ans les enfants restaient à l'hospice; — de 6 à 12 ans ils étaient placés chez des nourrices; — de 12 ans à leur majorité les enfants mâles en état de service étaient mis à la disposition du Ministre de la marine. Ceux qui ne partaient pas comme marins, ainsi que les filles, étaient mis en apprentissage. Quant aux estropiés, aux infirmes, ils demeuraient à l'hospice, si l'on n'avait point trouvé à les placer hors de l'établissement.

L'instruction ministérielle du 8 février 1823, par une interprétation tout à fait inexacte des textes, vint décider qu'aucun enfant abandonné ne pourrait être admis à l'hospice, s'il avait atteint l'âge

de 12 ans. Une circulaire du 3 août 1869 rapportant la précédente expose que quel que soit leur âge, les enfants, mineurs de vingt-un ans, ont les mêmes droits à l'assistance, lorsqu'ils se trouvent privés de leurs soutiens naturels. Cependant malgré les efforts de l'administration centrale, certains départements se sont longtemps refusés à secourir les enfants de plus de douze ans.

Le projet primitif limitait à seize ans l'entrée dans le service des enfants assistés. On a jugé que cette limitation pourrait être fâcheuse, car des mineurs de seize ans, sans ressources ni famille, peuvent se trouver par leur état physique dans l'impossibilité de pourvoir à leurs besoins. Aussi a-t-on admis l'âge de vingt et un ans. Mais l'admission au dessus de seize ans reste une mesure exceptionnelle, qui ne sera prise que lorsqu'elle sera impérieusement commandée par la situation de l'enfant.

2° *Rentrer dans l'une des catégories énumérées par la loi.* — Aux termes de l'article 2 sont dits enfants assistés : « 1° les enfants secourus et en dépôt placés sous la protection de l'autorité publique; 2° les enfants en garde également sous la protection de l'autorité publique; 3° les enfants trouvés, les matériellement abandonnés, les orphelins pauvres, les enfants délaissés, maltraités ou moralement abandonnés; ces enfants sont placés

sous la tutelle de l'autorité publique et dits pupilles de l'Assistance ».

Seuls les mineurs peuvent être pris en charge par le service, qui rentrent exactement dans l'une des catégories limitativement énumérées par la loi. C'est ainsi que, tout en étant sous la protection de l'autorité publique, ne sont point des enfants assistés les moralement abandonnés qui, en application des articles 17 et 19 de la loi de 1889 ont été confiés à des particuliers ou à des associations charitables ou encore les jeunes détenus que la loi de 1850 a placés après leur libération sous le patronage de l'Assistance publique.

3° *Etre l'objet d'une décision spéciale de l'autorité administrative.* — La nécessité de cette décision résulte des principes généraux de notre droit où pour qu'un service public puisse avoir la charge d'une dépense, il faut que l'autorité qui le représente en ait ainsi décidé.

Le service étant départemental, c'est le préfet, représentant du département, qui a seul qualité pour prononcer l'admission.

CHAPITRE IV

Les Enfants secourus, en dépôt et en garde.

A. — *Les Enfants secourus.*

Le secours temporaire préventif d'abandon est une mesure d'assistance relativement récente. L'idée première en fut émise par la Convention, mais il n'entra qu'assez tard dans la pratique administrative et il fallut attendre la loi du 5 mai 1869 pour qu'il reçût consécration légale. Il se produisit alors une fâcheuse tendance à vouloir empêcher par l'attribution d'un secours des abandons inévitables et l'on en arriva, au grand détriment des enfants exposés ainsi, aux plus graves dangers, à contraindre les mères bien résolues à l'abandon d'accepter le secours proposé, qui devenait obligatoire.

Si les avantages très réels de ce système, excellent en soi, ne purent produire leurs fruits, cela

ne tenait pas au système lui-même, mais à l'application qui en était faite. Il manquait une organisation judicieuse, qui fut l'œuvre de la loi de 1904. Non seulement les secours temporaires jusque là réservés aux filles-mères ont été étendus aux enfants légitimes, mais encore elle en a relevé le taux, dérisoire dans certains départements et presque partout insuffisant; enfin pour éviter une attribution trop facile des secours qui aurait pour inconvénients de rendre la dépense en quelque sorte sans limites et surtout d'habituer l'individu à compter de plus en plus sur l'Etat pour élever ses enfants, elle a voulu que la demande d'allocation fasse l'objet d'une très sérieuse enquête et que l'emploi du secours soit surveillé (1).

L'enfant secouru est défini par la loi « celui que son père, sa mère ou ses ascendants ne peuvent nourrir, ni élever faute de ressources et pour lequel est alloué le secours temporaire institué en vue de prévenir son abandon » (art. 3, modifié par l'art. 44 de la loi des finances de 1905) (1).

---

(1) Il y a actuellement une tendance très marquée à transformer l'institution des secours temporaires préventifs d'abandon en secours d'indigence. Voir rapport de l'inspection générale, *Journal Officiel*, 6 août 1912.

(1) La rédaction primitive de cet article avait donné lieu à des difficultés d'interprétation, la loi de 1904 ne visant, ce qui est la généralité des cas, que l'enfant que la mère ne pouvait élever faute de ressources.

La loi n'exige donc qu'une condition, c'est que l'enfant soit en danger d'abandon, que celui-ci soit permanent ou temporaire, qu'il résulte de l'indigence des parents ou d'un fait quelconque, comme par exemple l'hospitalisation, la détention ou l'internement dans un asile. Dans toutes ces circonstances un secours temporaire doit être offert pour éviter l'admission de l'enfant à titre d'enfant en dépôt ou en garde.

Le secours proposé, essentiellement temporaire, consiste en une allocation donnée soit en argent, soit en nature. Le secours en argent consiste en des versements périodiques par mois ou par trimestre. Il revêt plusieurs formes : secours de premier besoin offert et immédiatement alloué à la personne qui se présente à l'hospice dépositaire pour abandonner un enfant (1) ; prime de légitimation, qui, étant facultative, ne peut être réclamée que si elle a été prévue par le règlement départemental. Le secours en nature peut prendre les formes les plus diverses. Tantôt il consiste en l'allocation d'une vêture, tantôt ce sont simplement des moyens de transport qui sont mis à la disposition des parents pour leur permettre de reprendre l'enfant placé en nourrice.

---

(1) C'est un secours complémentaire et non une simple avance sur les allocations à venir.

La quotité, comme la périodicité et la durée du secours, qui, quoique très variable ne va pas dans la pratique au delà de trois ans, est réglée par le Conseil général. Il fut question lors de la discussion de la loi d'établir un taux fixe, mais l'avis prévalut qu'il était préférable de laisser aux pouvoirs locaux, mieux placés que le pouvoir central, le soin d'en apprécier le montant, aussi pour éviter l'allocation de secours insuffisants des tarifs minima, fixés par zone, ont été établis par la loi, au-dessous desquels il ne peut descendre (1).

Les secours temporaires, qui, à raison de leur nature de pension alimentaire sont incessibles et insaisissables, prennent fin, soit par l'arrivée du terme indiqué par l'arrêté d'allocation, soit par la révocation du secours parce que la situation de fortune des parents est venue à changer ou parce qu'ils ne font pas donner à l'enfant les soins nécessaires.

B. — *Les enfants en dépôt.*

« L'enfant en dépôt est celui qui, laissé sans protection ni moyens d'existence, par suite de l'hospitalisation ou de la détention de ses père, mère

---

(1) La loi des finances de 1908 a établi des taux qui varient de 30 francs pour la première zone, à 20 francs pour la quatrième zone.

ou ascendants, est recueilli temporairement dans le service des enfants asistés » (Art. 4.)

Une seule condition est requise. Il faut que le mineur en question soit en état d'abandon temporaire par suite de l'hospitalisation ou de la détention de ses parents. L'énumération indiquée par la loi n'est pas limitative et la jurisprudence a admis qu'il pouvait découler de tout autre cause, comme l'admission dans une asile d'aliénés ou l'appel sous les drapeaux. Pour que l'abandon temporaire soit caractérisé, il faut, outre les circonstances de fait qui séparent l'enfant de ses parents, qu'il n'ait aucune ressource et qu'il soit dans l'impossibilité de subvenir par lui-même aux besoins de son existence.

Le mode d'assitance varie selon l'âge et la durée probable de l'internement des parents. En général, la séparation étant de courte durée, les enfants en dépôt séjournent à l'hospice dépositaire dans les mêmes conditions que les pupilles dans l'intervalle des placements. Cependant, lorsque l'absence des parents doit se prolonger, l'enfant en dépôt doit être placé à la campagne dans les mêmes conditions que les autres enfants assistés. L'administration agit en quelque sorte comme le mandataire des parents, mais ses droits et les obligations qui lui incombent sont plus limités, car les parents restent investis des droits de puissance paternelle. C'est à raison de cette situation que la loi de 1904 a créé pour eux une catégorie spéciale, tandis que jus-

qu'alors ils avaient été par le règlement de 1862, qui sanctionne la nécessité de les recueillir, assimilés aux enfants abandonnés (1).

L'assistance temporaire qui leur est donnée prend fin soit par la cessation des causes qui ont motivé l'abandon, soit par la transformation de celui-ci en abandon définitif, soit par la majorité ou l'engagement militaire de l'enfant.

C. — *Les Enfants en garde.*

« Est dit enfant en garde, celui dont la garde a été confiée par les tribunaux à l'Assistance publique, en exécution des articles 4 et 5 de la loi du 19 avril 1898. » (Article 5.)

La loi de 1904 a aussi créé pour eux une catégorie spéciale, parce que l'administration n'est pas investie de l'intégralité des droits de puissance paternelle, mais seulement d'un des attributs, le droit de garde, emportant nécessairement avec lui ceux d'éducation et de correction. Aussi, quoique le père conserve quelque pouvoir, la situation administrative des enfants en garde est à bien des

---

(1) Le projet de loi de 1892 les rangeait parmi les enfants secourus. Assimilation inexacte aussi puisque l'enfant secouru reste à la disposition de la mère, chez celle-ci ou dans un placement choisi par elle, tandis que l'enfant en dépôt doit être recueilli.

points de vue analogue à celle des pupilles et dans le silence des textes application leur est faite des règles qui concernent ceux-ci.

Pour que leur admission soit possible, il faut qu'il soit intervenu une décision judiciaire. Celle-ci une fois rendue et portée par le parquet à la connaissance du préfet, l'admission doit être prononcée. Avant 1904 les services des Enfants assistés faisaient des difficultés pour recevoir les enfants en garde qui fournissaient un contingent relativement élevé d'enfants difficiles et vicieux, alors qu'ils étaient insuffisamment armés pour leur éducation. La Cour de cassation avait condamné les pratiques de l'administration et déclaré qu'elle n'avait le droit ni de refuser, ni d'opérer une sélection entre les mineurs qui lui étaient envoyés par les tribunaux (1).

---

(1) L'application de la loi de 1898 modifie dans certains cas la condition d'âge que l'article premier de la loi de 1904 a posée à l'égard de tous les enfants à la charge du service. Si, en effet, pour les mineurs victimes de crimes ou de délits, la minorité de 21 ans reste en vigueur, pour les enfants auteurs de crimes ou de délits, l'âge maximum est abaissé à 16 ans, la loi du 12 avril 1906, qui a élevé la minorité pénale de 16 à 18 ans, ayant décidé dans son article 3 qu'un enfant mineur de 16 à 18 ans ne pourrait être confié à l'Assistance publique par application de la loi de 1898. Il convient, en outre, de remarquer que les dépenses faites pour les enfants auteurs de crimes ou de délits, dont la garde a été confiée par les tribunaux à l'Assistance publique,

L'admission est provisoire, si elle a été ordonnée au cours de l'instruction par le juge d'instruction, ou définitive, si la décision émane des cours ou tribunaux saisis du crime ou du délit.

L'assistance donnée aux enfants en garde est la même que celle dont bénéficient les pupilles. Elle prend fin par l'ordonnance de non-lieu rendue en leur faveur, par l'arrivée du terme fixé par le jugement ou par l'arrêt, par l'émancipation de l'enfant, dont les parents conservent la prérogative, enfin par sa remise à la famille, qui, bien que la loi soit muette sur ce point, a été rendue possible par l'assimilation de l'enfant en garde aux moralement abandonnés de la loi de 1889.

---

sont à la charge exclusive de l'administration pénitentiaire, tandis que les enfants victimes sont assimilés pour la dépense aux enfants assistés.

CHAPITRE V

Les Pupilles de l'Assistance

I. — Admission à l'assistance. Modes d'admission. Mesures concomitantes à l'admission.
II. — Mode d'assistance. Organisation de la tutelle. Tuteur. Conseil de famille. Fonctionnement de la tutelle. Protection de la personne. Administration des biens.
III. — Fin de l'assistance.

I

Admission a l'Assistance

Toutes les catégories d'enfants énumérés à l'article 6 de la loi de 1904 (1) doivent répondre à cette condition commune d'être susceptibles de pas-

---

(1) Art. 6. — Est dit pupille de l'Assistance :
1° L'enfant qui, né de père et de mère inconnus, a été

ser sous la tutelle de l'Assistance publique, tutelle qui peut s'ouvrir soit par décision administrative, soit en vertu d'un jugement et que nécessite et justifie l'état d'abandon matériel ou moral.

L'abandon matériel peut tenir à la volonté réfléchie des parents de se soustraire à leurs devoirs de paternité (enfants trouvés et abandonnés) ou à des circonstances privant l'enfant de ses soutiens naturels (orphelins pauvres). Dans ces hypothèses, les droits de puissance paternelle se trouvant dépourvus de titulaire, une décision administrative suffit pour transférer au service les droits de tutelle. L'abandon moral, qui est en quelque sorte un fait négatif, ne pouvant être saisi en lui-même s'apprécie par les circonstances pratiques qui en découlent. Comme il résulte des négligences apportées par les parents dans l'accomplissement de

---

trouvé dans un lieu quelconque ou porté dans un établissement dépositaire (enfant trouvé);

2° L'enfant qui, né de père ou de mère connus, en est délaissé sans qu'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants (enfants abandonnés);

3° L'enfant qui, n'ayant ni père ni mère, ni ascendants auxquels on puisse recourir, n'a aucun moyen d'existence (orphelins pauvres);

4° L'enfant dont les parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle en vertu du titre 1er de la loi du 24 juillet 1889 (enfant maltraité, délaissé ou moralement abandonné);

5° L'enfant admis dans le service des Enfants assistés en vertu de titre II de la loi du 24 juillet 1889.

leurs devoirs, les actes qui permettent sa constatation sont ou bien des faits imputables aux parents, mauvais traitements, mauvais exemples, ou bien des actes délictueux commis par les enfants faisant présumer, mais la présomption n'est pas absolue, une éducation défectueuse ou même l'absence de toute éducation (1). Il faut alors une décision judiciaire, qui prononce la déchéance ou homologue le désaisissement, pour ouvrir la tutelle administrative. Et cette décision judiciaire, qui ne saurait, comme nous l'avons déjà dit, se suffire à elle-même, doit être suivie d'une décision de l'autorité administrative prononçont l'admission de l'enfant dans le service des assistés.

Modes d'admission.

La détermination des modalités d'admission a soulevé de nombreuses controverses, car les intérêts en présence sont très difficiles à concilier. C'est la mère désirant cacher sa faute, c'est la morale qui voit dans les abandons trop faciles une cause d'affaiblissement des liens familiaux, ce sont les budgets entraînés à de grosses dépenses,

---

(1) L'abandon moral peut aussi résulter d'une déclaration des parents qui, ne pouvant surveiller leurs enfants comme il conviendrait, demandent à transférer leurs droits à un particulier, à une association ou à l'Assistance publique.

c'est enfin et surtout l'enfant que le refus de recevoir peut mettre en péril.

Cette question, qui, par les intérêts qu'elle met en jeu, pèse d'un poids considérable sur l'organisation du service, a été résolue dans un sens large par le législateur de 1904. Une nation ne doit pas en effet économiser sur la vie de ses enfants et l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération. Or, cet intérêt exige que les admissions soient faites le plus largement possible, tout enfant gardé par force étant, comme l'avait fait remarquer le projet de loi, en très grand danger de mort (1). Il fallait donc donner à la mère toutes facilités pour abandonner son enfant et il fallait en outre qu'elle ait au moment de l'abandon un sentiment complet de sécurité, afin d'éviter qu'elle recoure pour cacher sa faute à l'avortement et surtout à l'infanticide.

Le procédé le plus ancien et le plus usité était l'exposition d'un enfant dans un lieu public, à la porte d'une église, d'un hôtel ou dans une rue peu

---

(1) Exposé des motifs et rapport Roussel, p. 79 : « Ce n'est point par la violence que se commettent la plupart des infanticides : il y a l'infanticide par manque de soins, l'infanticide par le froid, l'infanticide par alimentation vicieuse qui, à raison des difficultés de la preuve, demeurent dans l'immense majorité des cas impunis. Peut-être l'enfant ne serait-il pas mort s'il avait été admis dans le service lorsque, en vue de l'abandonner, la mère s'est présentée au Bureau d'admisson ».

fréquentée. Avant saint Vincent de Paul les maisons hospitalières n'acceptaient guère que les enfants légitimes, et bien que l'exposition fût interdite et rigoureusement poursuivie, la mère naturelle était obligée d'y recourir. A partir de saint Vincent de Paul tous les enfants furent recueillis sans distinction par les officiers de police et admis sans enquête à l'hospice des Enfants trouvés. L'exposition fut alors de plus en plus délaissée et remplacée par l'abandon au commissariat. Quelques établissements utilisèrent pour recevoir les enfants qu'on leur apportait le tour d'origine italienne. C'était une boîte cylindrique convexe d'un côté et concave de l'autre, montée sur pivot et logée dans l'épaisseur du mur la partie convexe regardant la rue. Voulait-on abandonner un enfant, on tirait la sonnette placée auprès. La boîte décrivant un demi-cercle amenait sur la rue le côté concave où l'on déposait l'enfant, qu'elle apportait continuant son évolution dans l'intérieur de l'hospice. L'auteur de l'abandon n'était jamais vu par la sœur de service. C'était le secret le plus absolu, en même temps qu'un grand progrès puisque, immédiatement recueilli, l'enfant, n'étant plus exposé aux intempéries de toute sorte, voyait augmenter ses chances de vie.

La Révolution ne s'occupa pas d'améliorer ni de réglementer le mode d'admission. Elle voulut faire mieux en protégeant l'enfant dès avant sa naissance par la création de maternités où « les filles

enceintes, dit la loi du 28 juin 1793, pourront se retirer pour faire leurs couches ». La loi du 27 frimaire an V décida que les enfants trouvés nouvellement nés seront reçus gratuitement dans tous les hospices civils de la République et devront être portés à l'hospice le plus voisin. A partir de ce moment des bureaux d'admission fonctionnent dans les hospices, mais le grand nombre d'abandons, l'impossibilité financière d'élever les enfants recueillis obligèrent ces établissements à restreindre la portée des généreuses prescriptions révolutionnaires.

Le décret de 1811 vint consacrer législativement l'institution des tours. Son article 3 déclare en effet que « dans chaque hospice destiné à recevoir les enfants trouvés, il y aura un tour où ils devront être déposés ». Cependant à partir de 1830, le nombre des tour déclina rapidement. En 1869 il n'y en avait plus. Ils avaient donné lieu à des abus de toutes sortes. Outre les facilités qu'ils offraient pour se débarrasser sans être vu d'enfants morts, ils avaient occasionné un véritable commerce d'exposition d'enfants surtout de la part des sages-femmes, qui faisaient métier de porter les enfants au tour. Enfin en raison des facilités qu'ils donnaient, les abandons se multipliaient sans cesse au grand détriment des budgets départementaux dont les dépenses étaient en progression constante. En vain avait-on, pour diminuer les abus, institué auprès des tours une surveillance active,

dont le résultat fut d'enlever tout secret aux abandons et de réduire à l'exposition ou à l'infanticide les mères qui redoutaient la divulgation d'une faute.

Le tour supprimé, on le remplaça par la présentation au bureau des hospices dépositaires, mais avec des formalités plus ou moins nombreuses. C'est ce qu'on a appelé l'admission réglementée. L'enfant était porté à l'hospice et reçu par un employé, qui faisait subir à la personne qui voulait l'abandonner un véritable interrogatoire et lui offrait le secours temporaire. Si celui-ci était refusé, on faisait une enquête, à la suite de laquelle ou bien l'enfant était admis, ou bien l'on imposait le secours temporaire sous menace de refuser l'admission. Ce système eut pour résultat d'écarter des bureaux d'abandon les mères qui craignaient la divulgation de leur faute ou qui s'effrayaient des difficultés de l'admission (1).

La loi de 1904 a institué le système du bureau à la fois ouvert et secret, qui fonctionnait depuis longtemps déjà dans les départements de la Seine-Inférieure et de la Seine. Il présente en effet tous

---

(1) Si quelques départements se montraient larges dans les admissions et au lieu d'une enquête sur la famille se bornaient à la présentation du bulletin de naissance de l'enfant et d'un certificat d'indigence délivré par la mère, beaucoup, dans le but d'épargner leurs finances, avaient multiplié les formalités, aboutissant ainsi à un système fortement restrictif.

les avantages du tour sans en avoir les inconvénients, puisque désormais les mères pourront venir au bureau d'admission avec une entière confiance et qu'elles n'auront à accomplir aucune formalité pouvant laisser des traces de leur faute.

L'admission a lieu, d'après la nouvelle loi, dans un local isolé, d'un accès facile, ouvert de jour et de nuit sans autres témoins que la personne préposée aux admissions. Elle se fait sans formalités, sans production obligatoire du bulletin de naissance, sans enquête ultérieure avec le secret professionnel imposé. Le rôle de la préposée aux admissions est double. Tout d'abord elle appelle l'attention de la requérante sur les conséquences de l'acte qu'elle va accomplir, auxquelles souvent les mères ne croient pas. L'enfant que la mère abandonne sera perdu pour elle. Elle ne le reverra jamais, le lieu du placement étant tenu secret et elle n'aura de lui que de rares nouvelles, qui à des époques fixes la renseigneront sur son existence ou sa mort. Cette rigueur traditionnelle est fondamentale, car elle constitue le frein le plus puissant de l'abandon (1). Si les parents connaissaient la résidence de leurs enfants, ils pourraient entrer en

(1) Cette règle, qui ne saurait s'appliquer aux orphelins pauvres, aux enfants moralement abandonnés, en dépôt et en garde, n'est pas du reste absolue et trouve ses limites dans les raisons qui l'ont faite établir. Il peut y être fait exception dans les circonstances dont le préfet est juge.

relations avec lui et il n'y aurait plus abandon mais mise en pension aux frais des contribuables. Ensuite la préposée fait connaître que l'administration met des secours temporaires à la disposition des mères, qui consentent à garder et à élever leur enfant, notamment un secours de premier besoin immédiatement alloué ainsi qu'une layette. Si l'offre du secours est repoussée, elle demande alors des renseignements sur le nom de l'enfant, la date et le lieu de sa naissance en faisant connaître à la personne qu'elle peut ne pas répondre à ces questions.

Telle est l'admission à bureau ouvert appelée aussi admission à bureau secret. Mais elle n'est possible que lorsqu'il s'agit de tout jeunes enfants. Le législateur a pensé qu'au bout d'un certain temps la vie de l'enfant n'est plus en danger et que le secret est désormais sans intérêt. Elle n'a lieu que si deux conditions sont réunies: il faut que l'enfant paraisse âgé de moins de 7 mois et que la requérante ait refusé de répondre aux renseignements qui lui sont demandés sur l'enfant.

Au-dessus de 7 mois, l'admission est réglementée et ne peut avoir lieu sans une enquête administrative (1), très discrète puisqu'elle est limitée

(1) Toutefois l'enfant peut être recueilli provisoirement si la préposée estime qu'à raison de son état d'enfant trouvé, abandonné, orphelin, on ne saurait, sans péril pour lui, attendre la décision du préfet.

par la règle du secret de l'abandon et qui se borne à essayer de déterminer l'état civil de l'enfant de façon à empêcher les suppressions d'état et à réserver un retour possible au foyer familial.

Mesures concomitantes à l'admission

Lorsque l'admission est prononcée, plusieurs procès-verbaux doivent être dressés. Le premier est destiné à constater quels titres et valeurs sont trouvés sur l'enfant au moment de l'abandon ou remis en son nom. C'est le document initial qui ouvre les écritures de la gestion des deniers pupillaires. Le second, qui ne concerne que les enfants trouvés et ceux abandonnés à bureau secret, contient des renseignements purement administratifs afin d'éviter dans l'avenir des doutes ou des contestations sur l'identité de l'enfant. Le troisième est destiné à l'officier de l'état civil qui le transcrit sur le registre et a pour but de constituer un état civil aux enfants dont on ignore l'origine. L'acte de naissance est remplacé par un procès-verbal que dresse la préposée assignant à l'enfant une date de naissance correspondant à son âge présumé et lui attribue deux noms, dont l'un est destiné à devenir le nom patronymique (1).

---

(1) Pour éviter les substitutions d'enfants à l'hospice ou

II

Mode d'Assistance

L'assistance donnée aux pupilles se présente sous la forme d'une tutelle exercée par le département et qui a été calquée d'aussi près que possible sur celle du droit commun. Le fait qu'elle est confiée à des fonctionnaires ne modifie pas son essence et elle demeure avant tout une institution du droit privé. Elle présente toutefois certaines particularités, qui lui donnent une physionomie propre. C'est ainsi qu'au lieu des espèces du droit civil, tutelle légale des père, mère ou ascendants, tutelles datives et testamentaire, il n'y a qu'une seule tutelle administrative, légale comme celle du père ou de la mère, qui s'applique indistinctement aux enfants légitimes et aux enfants naturels. Contrairement au droit commun, elle est susceptible de délégation, mais seulement à l'inspection départementale, qui ne peut à son tour la subdéléguer. En outre l'organisation administrative offre des garanties qui rendent inutile l'installation de ce rouage essentiel de la tutelle de droit commun, le

---

hors de l'hospice, chaque enfant porte au cou un collier d'olives scellé qui est retiré à l'âge de six ans.

subrogé tuteur. Enfin, en ce qui concerne la gestion des biens pupillaires, l'application des règles de la comptabilité publique, notamment la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable, explique la suppression de l'hypothèque légale qui pèse sur les biens du tuteur, le trésorier-payeur général étant responsable sur son cautionnement.

Organisation de la tutelle.

La tutelle des enfants assistés est confiée au préfet ou à son délégué l'inspecteur départemental, assisté d'un conseil de famille.

Tuteur.

C'est le préfet du département où l'enfant a son domicile de secours. Il n'en a pas toujours été ainsi. Sous l'ancien régime, aucune ordonnance ne réglant la dévolution de la tutelle, les établissements charitables, qui jouaient le rôle de l'assistance publique, disposaient sans réserves des enfants qu'elle recueillait. La loi du 27 frimaire an V les plaçait sous la surveillance du président de l'administration municipale de l'arrondissement dans lequel se trouvait l'hospice dépositaire, les autres membres de cette administration constituant le conseil de famille. La loi du 15 pluviôse an XIII lui substitua les commissions administratives des hospices, qui étaient déjà en fait investies des

principales obligations tutélaires. Elles désignaient un de leurs membres comme tuteur tandis que les autres formaient le conseil de tutelle. Le décret de 1811 n'apporta aucun changement aux dispositions de la loi précédente. Mais comme, étant données leurs multiples fonctions, les commissions des hospices ne pouvaient utilement remplir leurs devoirs de tutelle envers les pupilles, dont le nombre était considérable, le gouvernement de la 2e République, pour remédier à cette situation, résolut de créer des comités départementaux et cantonaux de patronage, qui devaient apporter aux hospices le concours de l'initiative privée. Le coup d'Etat de 1851 arrêta son effort. Vers cette époque, un mouvement se marque de déplacement de la tutelle. Les instructions ministérielles, à défaut d'un texte de loi, recommandent aux préfets de confier aux inspecteurs départementaux certaines attributions tutélaires et de faire contrôler par eux la tutelle des hospices. La circulaire du 5 août 1869 accentue encore ce déplacement d'autorité en confiant à l'inspecteur départemental la préparation et la signature des contrats d'apprentissage, le placement et le retrait des fonds placés aux caisses d'épargne.

Ainsi, peu à peu, à la tutelle légale des commissions hospitalières était venue s'en superposer une autre, extra-légale, celle des inspecteurs départementaux, qui avait fini par dominer la première et la restreindre dans d'étroites limites. La loi de

1904 a fait cesser cette dualité d'autorités, l'une de droit, l'autre de fait, qui pouvait être une source de conflits et elle a remis l'exercice du pouvoir tutélaire au préfet avec faculté de délégation à l'inspecteur départemental.

Conseil de famille.

A côté du tuteur et pour l'assister, la loi de 1904 a institué un conseil de famille formé par une commission de sept membres élus par le conseil général, dont le choix est entièrement libre et renouvelés tous les quatre ans.

Cette commission nomme elle-même son président, qui n'est pas de droit le juge de paix, comme pour la tutelle civile. Ce président n'a pas qualité pour convoquer de sa propre initiative le conseil de famille, puisque les hypothèses prévues par les articles 406, 421, 446 du Code civil : nomination, remplacement, destitution du tuteur ou du subrogé tuteur, ne peuvent se produire en ce qui concerne le service des enfants assistés. Il ne peut le réunir que sur réquisition du tuteur. Dans la pratique la commission de tutelle, étant un corps permanent et ayant à s'occuper d'un grand nombre d'enfants, a des services réguliers, habituellement tous les mois. Ses attribution sont celles que détermine le Code civil.

Fonctionnement de la tutelle

Les fonctions essentielles du tuteur consistent, aux termes de l'article 450 du Code civil, à prendre soin de la personne du mineur et à administrer ses biens.

Protection de la personne

Tout lien étant par le fait de l'abandon rompu entre le pupille et ses parents, l'Assistance publique assume à l'égard de celui-ci les devoirs de parent adoptif. Aussi dispose-t-elle non des droits de tutelle, au sens strict du mot, mais des droits de puissance paternelle. A la différence du tuteur de droit commun, qui n'est pas tenu de participer aux frais de la tutelle, le département a l'obligation de pourvoir aux besoins de ses pupilles et en échange, outre les droits de garde, d'éducation et de correction, il est investi de la jouissance et de l'administration légale.

Comment l'Assistance publique réalise-t-elle son œuvre d'éducation? Il faut remarquer que l'éducation donnée au pupille diffère par la force même des choses de celle qu'un père de famille assure ordinairement à ses enfants. Le département, qui dépense l'argent des contribuables, ne peut donner à tous les pupilles une instruction supérieure. En outre, comme le service comprend un grand

nombre d'enfants, il n'est pas possible que l'administration puisse elle-même s'occuper de l'éducation de chacun d'eux. Il faut recourir à l'intermédiaire de tierces personnes. Le placement est donc le mode normal d'éducation.

C'est une règle traditionnelle que le séjour à l'hospice dépositaire où sont recueillies toutes les catégories d'enfants doit être de courte durée. Un tel séjour n'est en effet favorable ni à leur développement physique, ni à leur éducation. Ce n'est qu'un dépôt en attendant l'envoi à la campagne.

Deux systèmes de placement sont en présence : le placement collectif et le placement familial. Le premier présente de graves inconvénients (et les essais qui en ont été tentés n'ont pas abouti) tant à raison des dépenses et des difficultés de réalisation qu'il présente, qu'au point de vue de la santé et de l'éducation des enfants. Le séjour dans un établissement, si bonnes qu'en soient les conditions d'hygiène, ne saurait donner à l'enfant le développement physique, dont il a le plus grand besoin. L'éducation collective ne saurait lui procurer l'illusion de la famille, qui est par nature le milieu où il doit vivre, et elle le place dans des conditions d'existence différentes de celles auxquelles il sera appelé plus tard. Il ne prend que rarement contact avec le dehors, il vit dans un monde fermé. Au contraire placé dans une famille, élevé avec les autres enfants, il partagera leur existence et il lui sera peut-être possible de se créer une

seconde famille. Participant au labeur de tous les jours, il y fera l'apprentissage de la vie.

C'est dans les familles habitant la campagne, qu'il faut de préférence envoyer les enfants. La vie au grand air leur est d'autant plus nécessaire que beaucoup d'entre eux sont atteints de tares physiologiques, héréditaires ou consécutives aux privations qu'il ont endurées. Cependant le placement rural n'est pas une règle absolue. Il faut en effet tenir compte des aptitudes de l'enfant et du milieu où il aura vécu jusqu'alors.

Ainsi le placement familial et rural est le mode ordinaire de placement. Nous verrons qu'il souffre des exceptions.

Un sort différent est fait aux enfants suivant qu'ils ont plus ou moins de treize ans. Jusqu'à cet âge, le pupille est mis en pension chez des nourriciers, qui l'entretiennent et l'élèvent aux frais du département. De treize à vingt et un ans, l'enfant assisté doit en principe pourvoir lui-même aux besoins de son existence.

Jusqu'à ce qu'ait pris fin l'obligation scolaire, l'enfant est confié à des nourriciers qui, moyennant un salaire, prennent soin de lui. Ils sont choisis par l'inspecteur de l'Assistance publique parmi les familles honnêtes et laborieuses. En se chargeant de l'enfant, les nourriciers contractent diverses obligations. Ils doivent le tenir en constant état de propreté, le coucher dans un lit, le faire vacciner s'il ne l'a pas été déjà, entretenir

les layettes et les vêtures, le garder personnellement et l'envoyer à l'école publique. De son côté l'Administration s'engage à fournir les vêtures, à payer un prix de pension auquel peuvent venir s'ajouter les primes de survie et de bons soins.

Lorsque l'enfant a atteint l'âge de treize ans, lorsqu'il a cessé d'aller à l'école, il faut faire son éducation professionnelle et l'exercer au métier qu'il pratiquera plus tard. Il est mis alors en apprentissage ou en condition. A moins que son intérêt s'y oppose, le pupille est maintenu chez son nourricier. On a voulu ainsi ne pas séparer l'enfant de sa famille d'adoption et renforcer autant que possible les liens d'affection qui ont pu se former. Lorsqu'il faut recourir à un autre placement, la loi prescrit de diriger le pupille de préférence vers la profession agricole. C'est la conséquence de son long séjour à la campagne. Cette profession offre d'ailleurs de précieux avantages et que de bonne heure l'enfant peut gagner un salaire relativement élevé. Cette règle n'est pas absolue. Il faut tenir compte des dispositions naturelles de chacun et pour les enfants impropres aux travaux des champs on a recours au placement industriel, en prenant soin d'écarter les professions qui présentent des dangers pour la santé de l'enfant. C'est à l'inspecteur qu'incombe le choix de la profession selon les aptitudes physiques et morales de l'enfant. C'est lui qui établit le contrat d'apprentissage ou de louage de services, contrat écrit qui

détermine la quotité du salaire qui sera payé à l'enfant, la partie réservée pour l'épargne, l'argent de poche et les sommes destinées à l'habillement (1). En ce qui concerne la durée du contrat, comme le salaire doit être proportionné à l'accroissement physique du pupille, ses services ne sont engagés que pour un temps relativement restreint. Si le placement est agricole, la durée sera d'un an, conformément aux dispositions du Code civil.

A raison du rôle d'éducateur professionnel qu'il remplit vis-à-vis de l'enfant, le patron doit surveiller la conduite de celui-ci, soit chez lui, soit au dehors. Il doit avertir l'administration des fautes graves que l'enfant pourrait commettre ou des penchants vicieux qu'il pourrait manifester. Il ne doit pas abuser de son autorité, ni recourir aux voies de fait pour corriger le pupille. Il devra le loger dans un local convenable et salubre et lui donner une nourriture suffisante et saine. Il ne doit pas l'employer à d'autres travaux que ceux qui se rattachent au métier qu'il apprend. Il doit enfin payer le salaire stipulé, dont le recouvrement s'effectue

---

(1) Quoique passés avec des représentants de l'autorité publique, les contrats de placement n'en conservent pas moins le caractère de conventions de droit commun. Ils sont soumis à toutes les règles édictées par les articles 1322 et suivants du Code civil et toutes les difficultés qu'ils pourraient soulever sont de la compétence de l'autorité judiciaire.

d'après un état dressé par l'inspecteur, rendu exécutoire par le préfet et transmis au trésorier-payeur général, qui en poursuit le paiement comme en matière de contributions directes.

Si la mise en apprentissage est le placement ordinaire, il est des enfants pour lesquels on recourt à des placements spéciaux. En outre des pupilles, qui, pour leurs aptitudes particulières, sont dirigés vers des études plus approfondies: écoles professionnelles, écoles primaires supérieures, lycées et collèges, il convient de signaler ceux à qui il n'a pas été possible, malgré l'offre d'une pension élevée, de procurer un placement familial à cause de leurs infirmités ou des maladies graves dont ils sont atteints. Ceux-là restent à l'hospice dépositaire, s'ils n'ont pas été placés dans des établissements spéciaux : institutions de sourds-muets, d'aveugles, où ils apprennent une profession compatible avec leur état physique, ou, si leur santé étant très compromise, ils n'ont pas été envoyés dans un sanatorium.

Il faut enfin citer les pupilles difficiles, dont la nature perverse réclame une discipline plus sévère que la discipline familiale. Ils sont, par décision du préfet prise sur le rapport de l'inspecteur départemental, envoyés dans des écoles professionnelles publiques ou privées, dans lesquelles ils reçoivent une instruction appropriée à leur état physiologique ou mental.

La création de ces écoles, qui n'ont aucun carac-

tère pénitentiaire, est l'œuvre de la loi du 28 juin 1904 (1). Le besoin s'en faisait d'autant plus sentir que les moyens de réformation dont disposait l'ad-

---

(1) Quant aux pupilles vicieux, définis par l'article 2 de la loi du 28 juin 1904, « ceux qui par des actes d'immoralité, de violence ou de cruauté donnent des sujets de mécontentement très graves », ils sont remis à l'Administration pénitentiaire qui les place dans un quartier d'observations et, après examen, les envoie soit dans une colonie pénitentiaire, soit dans une colonie correctionnelle. Comme il ne s'agit plus d'un placement, mais de l'exercice du droit de correction, la remise à l'administration pénitentiaire doit faire l'objet d'une décision judiciaire. La demande est introduite par le préfet et le Tribunal statue sur le rapport de l'inspecteur départemental.

Sur plusieurs points, le régime institué par la loi de 1904 déroge aux règles du Code civil. D'abord il supprime l'avis du conseil de famille, complication inutile, l'intervention de l'inspecteur et du préfet constituant des garanties suffisantes. En outre, ce n'est pas le président seul qui statue sur la demande, mais le Tribunal. Enfin, et c'est là l'innovation la plus importante, le placement correctionnel, au lieu d'être limité à un temps très court, n'aura plus de durée fixe et pourra se prolonger jusqu'à la majorité, à moins que d'après les résultats obtenus et sur la demande de l'inspecteur, le préfet n'opère le retrait du pupille qui, bien que remis à l'administration pénitentiaire, n'a cessé d'être sous la tutelle et la surveillance du service.

Aussi le mode d'éducation institué par la loi de 1904 est à deux degrés : envoi dans une école professionnelle (pupilles difficiles) et placement correctionnel (pupilles vicieux). La distinction des enfants en difficiles et vicieux est une question de fait, dont l'appréciation appartient aux autorités compétentes. Dans une question aussi délicate, aussi complexe, il n'était pas possible d'établir un criterium légal et unique.

ministration étaient insuffisants. En dehors de l'envoi en correction, que les tribunaux ordonnent le moins possible à raison de la défaveur en laquelle sont tenues les colonies pénitentiaires et aussi des inconvénients que présentent les internements de courte durée, elle ne pouvait recourir qu'au déplacement, remède pire que le mal puisqu'on augmentait les chances de contamination, ou au rappel à l'hospice dépositaire. Mais celui-ci n'était point organisé pour cette œuvre de rééducation morale.

Le pupille envoyé à l'école professionnelle est mis en observation dans un quartier spécial pendant une durée qui varie de un à trois mois. A l'issue de cette observation pendant laquelle l'enfant est étudié et sur le rapport qui lui est adressé, le préfet décide soit le retrait en vue d'un nouveau placement familial, soit le maintien définitif dans l'établissement, soit le maintien provisoire pendant l'accomplissement des formalités nécessaires pour l'envoi en correction, soit le placement dans un établissement médical.

Administration des Biens.

On pourrait croire à première vue que le principe de comptabilité publique, séparation de l'ordonnateur et du comptable, dont la loi de 1904 a

fait application (1), entraîne une dualité de tutelle, l'une, qui se référerait à la personne, l'autre qui serait relative an patrimoine. Il n'en est rien. Le principe de l'unité de la tutelle a été maintenu, car le dédoublement de pouvoirs est plus apparent que réel. Le préfet est seul tuteur. C'est lui qui prend toutes les décisions intéressant non seulement la personne, mais encore le patrimoine du mineur. Seulement il n'est pas responsable et aucune hypothèque légale ne grève ses biens. Quant au trésorier-payeur général, et suivant la division des biens établie par le décret du 19 mai 1909 en biens proprement dits, constitués par les seuls capitaux immobiliers et en deniers, qui comprennent les capitaux mobiliers et les revenus de toute origine, il n'a que le maniement des deniers et des valeurs (2). Il assure le service de caisse. En prin-

(1) Cette distinction entre le tuteur administrateur des biens et le comptable-gérant des deniers avait été indiquée par la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811, les fonctions appartenant à ces deux autorités ayant été partagées entre un membre de la commission administrative de l'hospice et le réceveur de cet établissement.

(2) Les revenus de tous les pupilles ne sont pas des deniers. Jusqu'à ce qu'il ait atteint 18 ans, les biens du mineur assisté, exception faite des sommes provenant du travail, reviennent au département. Il y a là une jouissance légale analogue à celle de l'article 384 du Code civil. Mais ils ne sont perçus qu'à titre d'indemnité et s'ils excèdent les dépenses, le service ne pourra bénéficier du surplus.

cipe, il n'agit que sur l'ordre du préfet. Toutefois lorsque l'acte à accomplir n'implique aucune décision propre, lorsqu'il s'agit de faire un acte dont la non-exécution engagerait sa responsabilité, il n'a pas besoin d'un titre spécial émané de l'ordonnateur.

Les diverses obligations du tuteur de droit commun s'imposent aussi au tuteur des pupilles, à l'exception de celles qui ne peuvent se concilier avec l'organisation administrative du service. C'est ainsi qu'il n'a pas à faire déterminer par le conseil de famille la somme approximative, à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur ou celle de la gestion des biens, puisque toutes ces dépenses sont établies administrativement. Mais il devra requérir la levée des scellés lorsqu'une succession sera échue au pupille, il fera inventorier les biens du mineur, vendre aux enchères publiques tous les objets mobiliers auxquels le conseil de famille n'a pas reconnu le caractère de souvenir familial, convertir, conformément à la loi du 24 février 1880, les titres au porteur en titres nominatifs.

La gestion des deniers pupillaires, quoique confiée au trésorier-payeur général, conserve son caractère privé et par suite ne peut être confondue avec celle des fonds départementaux. Elle fait l'objet d'une comptabilité spéciale, annexée pour ordre à la comptabilité départementale. Elle est enfin garantie par le cautionnement du comptable.

III

Fin de l'Assistance

La tutelle des enfants assistés ne peut prendre fin que pour des causes provenant du mineur. Celles qui la font en droit commun cesser *ex parte tutoris* ne peuvent trouver application, puisque le pupille se trouve sous la tutelle du département, dont le préfet est le représentant légal.

Font cesser la tutelle de l'assistance : l'arrivée de la majorité du pupille, son émancipation expresse ou tacite, la dévolution d'une tutelle officieuse, la remise de l'enfant à sa famille, enfin le décès du mineur.

En ce qui concerne les causes normales de la cessation de la tutelle, il est fait application des dispositions du droit civil. Le droit d'émanciper appartient au conseil de famille, qui défère la curatelle à un de ses membres, dont les pouvoirs et les obligations seront ceux du curateur de droit commun. La dévolution d'une tutelle officieuse appelle une observation. La loi de 1904 précédée dans cette voie par la loi de 1889, a cherché à en élargir l'emploi et dans ce but a écarté les conditions d'âge exigées par le Code. Toute personne, à qui, pendant trois ans, un enfant a été confié à titre gratuit, peut même, si elle est âgée de moins de

50 ans et le pupille de plus de 15 ans, devenir le tuteur officieux, en obtenant le consentement du conseil de famille.

Le décès du pupille ouvre, si aucun héritier ne se présente, un droit successoral au profit du département, mais seulement au titre de successeur irrégulier (1). L'envoi en possession a lieu à la diligence du trésorier-payeur général et sur les conclusions du Ministère public. Les successions recueillies ont une affectation spéciale. Elles sont employées à la création de dots de mariage en faveur de pupilles ou d'anciens pupilles des deux sexes. Si des héritiers se présentent, ils sont tenus d'indemniser le département des dépenses occasionnées par l'entretien de l'enfant, les revenus déjà perçus entrant en compensation jusqu'à due concurrence.

La remise des enfants aux parents qui les réclament a soulevé une controverse au sujet de la nature du recours formé contre le refus de l'administration. La loi de 1904, pour trancher les difficultés qui s'étaient produites sous l'empire du décret

---

(1) L'origine de ce droit remonte très loin. Sous l'ancien régime, certains hospices avaient reçu le droit de succession sur les enfants qui y décédaient. La loi du 15 pluviôse an XIII, confirmant ce droit de succession, avait appelé les hospices à recueillir les biens des pupilles décédés sans héritiers. Les hospices n'ayant plus la charge des enfants assistés, ce droit est passé au département.

de 1811, lequel, alors que l'enfant ne saurait être le gage d'une dette, subordonnait sa remise au remboursement préalable des frais d'entretien, a décidé, dans son article 17, que le pupille peut être, sur la demande de ceux-ci, rendu à ses pères et mère, si le tuteur estime, après avis du conseil de famille, que cette remise est dans l'intérêt de l'enfant. Pour faciliter cette appréciation, le tuteur peut autoriser une remise d'essai, pendant laquelle sa surveillance continuera à s'exercer durant un délai d'un an au moins, passé lequel la remise devient définitive. En ce qui concerne les pupilles entrés dans le service par application des lois de 1889 et de 1898, la remise est prononcée par le tribunal après l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 15 et 21 de la loi de 1889.

Ainsi pour ce qui est des enfants trouvés, matériellement abandonnés et orphelins pauvres, le tuteur saisi d'une réclamation des parents est juge de la question de savoir si l'enfant doit être rendu à sa famille. La question est envisagée au seul point de vue de l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt n'est pas uniquement fondé sur la situation matérielle et morale des parents, sur le sort qu'ils pourront assurer à leur enfant, il faut aussi, dans une certaine mesure, tenir compte de la volonté du pupille et surtout de sa situation au sein de la famille qui l'a recueilli et des liens d'affection qui ont pu se former.

Que décider au cas où l'Administration refuse

de rendre l'enfant à ses parents qui le réclament? Quelle sera l'autorité qui interviendra pour solutionner le conflit? Deux thèses sont en présence. L'une se basant sur le caractère administratif de la décision qui rejette la demande en remise formulée par les parents, soutient que l'autorité judiciaire ne saurait avoir qualité pour l'apprécier. L'autre, tout en reconnaissant ce caractère, déclare qu'il s'agit d'un acte essentiellement d'ordre privé, puisqu'il touche à l'état des personnes et comme tel relevant du pouvoir d'appréciation des tribunaux civils. Le tribunal des conflits, ayant eu à juger, s'est prononcé pour le caractère privé et a attribué compétence aux tribunaux civils (1). Il semble bien que ce soit la véritable conception.

Quoi qu'il en soit, la cessation de la tutelle entraîne l'obligation de rendre compte. La loi de 1904 contient sur ce point des dispositions spéciales. Tandis que dans le droit commun, la reddition des comptes a lieu, soit à l'amiable, soit en cas de contestation, devant le tribunal civil, le conseil de famile n'intervenant pas, ici les comptes doivent être approuvés par lui, qui décide s'il y a lieu à remise sur les dépenses et si une partie du pécule, ne dépassant pas un cinquième, sera versée à la caisse nationale des retraites.

---

(1) DALLOZ. — *Jurisprudence générale*, 1910, 3e partie, p. 81.

CONCLUSION

I

Arrivé au terme de cette étude, qui ne jette sur le sujet choisi qu'un très faible jour, tant la question est vaste, qu'avons-nous constaté?

A l'origine de l'évolution, dont nous avons essayé d'établir l'histoire, la famille est le seul groupe constitué. C'est un véritable petit état, qui absorbe toutes les activités. Le chef, qui la dirige, jouit d'un pouvoir absolu. La puissance paternelle, institution de droit naturel, comme le montre son origine antérieure à la formation de l'Etat, y est donc conçue comme un droit absolu et exclusif au profit du *pater*. Celui-ci possède en effet un véritable droit de propriété sur l'enfant et il peut librement disposer de sa personne et de sa vie.

Cependant son autorité n'est pas complètement

sans contrôle. La religion y apporte les premières restrictions et le tribunal de famille d'abord, la *gens* ensuite surveillent l'exercice de la *patria potestas* et en répriment les abus.

Puis, lorsque se forment et se développent les cités, lorsque se dégage la notion d'une autorité supérieure à celle du chef de famille, l'omnipotence du *pater* est plus fortement entamée. La suprématie de l'Etat s'affirme, avec la censure, par une réglementation d'abord timide des relations familiales. Mais, à mesure que s'étendent les relations du droit privé et que les mœurs perdent leur austérité, la brèche s'élargit.

Sous l'empire, la loi appelle le magistrat à surveiller les pouvoirs du père. Enfin avec le christianisme, l'idée de protection pénètre le droit. Mais la *patria potestas* continue d'être une institution en faveur du père.

Après la chute de l'empire romain, le droit germanique apporte en Gaule une conception nouvelle de la puissance paternelle. Le *mundium*, originairement aussi absolu que la *patria potestas*, s'est transformé de très bonne heure en un devoir de protection. L'Eglise aide de toutes ses forces à l'émancipation de l'individu. L'idée de personnalité est sur le point d'éclore, lorsque survient la féodalité, qui provoque une éclipse des principes de droit naturel. Notre pays se trouve alors partagé entre deux courants contraires. Au nord, les pays de droit coutumier, héritiers des

traditions germaniques; au sud, les pays de droit écrit, où l'institution romaine brille dans tout son éclat.

Enfin, la Révolution, réalisant la conception philosophique du XVIIIe siècle de droits inhérents à l'individu en tant qu'être doué de raison, renverse les institutions qui avaient méconnu la dignité et l'indépendance de l'homme. Elle fait entrer la liberté dans la famille. Mais emportée dans son mouvement d'individualisme, elle dépasse le but. C'est alors que le Code civil, consacrant le droit de l'enfant, taille les pouvoirs du père à la mesure des obligations auxquelles ils correspondent, tandis que la société veille à leur accomplissement.

II

Mais l'œuvre de protection ne se limite pas à la reconnaissance du droit de l'enfant et à son respect au sein de la famile. La société, qui se réserve le droit de contrôler la puissance paternelle, n'hésitant pas à la retirer aux parents indignes, veut que la protection qu'elle accorde à l'enfant soit efficace. Comme son intérêt est en jeu, comme la sauvegarde de l'enfance est en somme la sienne propre et le meilleur moyen d'assurer l'avenir, elle s'efforce d'assurer son complet développement physique et moral. De là les nombreux

textes législatifs du droit pénal, du droit scolaire, du droit industriel, de là enfin l'organisation du service des Enfants assistés.

L'évolution a été lente. Mais cette lenteur est un garant de sa durée. On peut relever des imperfections, mais elles ne touchent qu'au détail et nous pouvons dire qu'à l'heure actuelle la protection de l'enfance a atteint son presque entier développement.

Est-ce à dire que l'œuvre accomplie soit définitive? Ce serait la négation du progrès, qui est un éternel mouvement. Déjà l'on remarque que certaines institutions ne cadrent plus avec nos mœurs. Un travail de réforme s'accomplit lentement. La part faite à la Société apparaît trop réduite et certains, avec la création d'une haute-tutelle, réclament l'établissement d'un contrôle permanent de la puissance paternelle. Son avantage serait de prévenir le mal, tandis que le système, en usage chez nous, d'intervention de l'Etat à titre exceptionnel, a contre lui de ne se produire que lorsque l'intérêt de l'enfant a été compromis.

Sans doute des esprits chagrins s'indignent des transformations réalisées. Traditionnalistes à l'excès, ils ne s'aperçoivent pas qu'une législation vraiment digne de ce nom doit avant toutes choses cadrer avec les mœurs et les besoins de l'époque. Et malgré les reproches adressés aux lois de 1889 et de 1898, desquelles on a dit « qu'elles mêlaient du socialisme juridique à du socialisme éco-

nomique », nous applaudissons de toutes nos forces à l'effort incessant tenté vers le mieux, vers la recherche et la réalisation constantes et progressives de cet intérêt capital entre tous, l'intérêt de l'enfant.

BIBLIOGRAPHIE

PREMIÈRE PARTIE

ACCARIAS. — Précis de droit romain, 4e édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité de droit civil (tome IV).

BERNARD (Paul). — Histoire de l'autorité paternelle.

BEUDANT. — Le droit individuel et l'Etat.

BOISTEL. — Cours élémentaire de droit naturel.

CAMBON. — De la protection de l'enfant contre la puissance paternelle (Thèse, Dijon 1899).

CHEYSSON. — L'affaiblissement de la natalité en France. Causes et remèdes.

COIRARD. — La famille dans le Code civil (Thèse, Aix, 1906).

CUQ. — Institutions juridiques des Romains, tome I.

DU PLESSIS DE QUÉNEDAU. — Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien droit franc (Thèse, Paris, 1900).

DUBOIS (Joseph). — Etude historique sur la protection de l'enfance (Thèse, Paris, 1888).

FLACH. — Les origines de la France, tome II.

FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique. Recherches sur quelques problèmes d'histoire.

GASTAMBIDE. — L'enfant devant la famille et l'Etat (Thèse, Paris, 1901).

GIDE (Paul). — Etude de la condition privée de la femme.

GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la France.

Henry MICHEL. — L'idée de l'Etat.

IHERING. — Esprit du droit romain, tome I et II.

JANET (Paul). — La famille.

JOLY (Henri). — L'enfance coupable.

KŒNIGSWARTER. — Histoire de l'organisation de la famille en France.

KOWALEWSKY. — Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété.

Nouvelle Revue historique, 1895.

PERREAU. — *Revue trimestrielle*, 1909.

Revue pénitentiaire, 1899 et 1904.

STARCKE. — La famille primitive.

TAUDIÈRE. — Traité de la puissance paternelle.

THÉVENIN. — Contribution à l'étude du droit germanique.

VIOLLET. — Histoire du droit privé. Précis de l'histoire du droit français.

DEUXIÈME PARTIE

BÉQUET. — Répertoire du droit administratif. *Verbo :* Assistance publique.

BROUILHET. — Contribution à l'étude de la loi du 27 juin 1904 (Thèse, Paris, 1908).

CABIBEL. — Les enfants assistés (Thèse, Paris, 1900).

DEROUIN. — Traité du domicile de secours.

DEROUIN, GORY et WORMS. — Traité théorique et pratique d'Assistance publique.

GROUILLE. — Le service des Enfants assistés en France (Thèse, Montpellier, 1910).

LALLEMAND. — Histoire des enfants abandonnés et délaissés.
LAVONDÈS. — Etude sur les enfants assistés (Thèse, Montpellier, 1904).
PLANQUE. — Du droit à l'assistance (Thèse, Paris, 1902).
REBEILLARD. — Les enfants assistés.
Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Etranger, 1910.
Revue des Etablissements de bienfaisance.
Revue philanthropique.
SAMARAU. — Les pupilles de l'Assistance et leur condition légale (Thèse, Paris, 1906).

Vu :

Le Président de la Thèse,
A. MESTRE.

Pour le Doyen : *l'Assesseur*,
A. MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 25 octobre 1913.

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
P. LAPIE.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.................................... 7

PREMIÈRE PARTIE

La Puissance paternelle et la condition de l'enfant dans la Famille.

CHAPITRE PREMIER. — La Famille primitive.......... 19

CHAPITRE II. — Le Droit romain. — La famille romaine. — La religion domestique. — Le *Paterfamilias*. — Ses pouvoirs. — La condition de l'enfant. — Protection par les mœurs et par les institutions. — Le tribunal de famille. — La *gens*. — Le censeur. — La protection des lois. — Influence de la philosophie stoïcienne. — Le christianisme. — Les derniers empereurs romains.. 29

Chapitre III. — Le Droit germanique. — La famille germaine. — Les droits du père. — Le *mundium.* — Les différences qui le séparent de la *patria potestas.* — Les causes de ces différences. — Le Droit germanique en Gaule. — Influence du christianisme........................... 59

Chapitre IV. — L'ancien Droit. — Pays de coutumes. — Pays de Droit écrit........................ 75

Chapitre V. — Le Droit moderne. — La législation révolutionnaire. — Le Droit civil. — Caractères de la puissance paternelle. — Droits et devoirs des parents envers leurs enfants. — Les lois postérieures au Code civil. — Les lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1898.................. 83

DEUXIÈME PARTIE

Le Service des Enfants assistés.

Chapitre premier. — Historique.................... 105

Chapitre II. — Notions générales. — Caractères de l'assistance. — Organisation administrative. — Domicile de secours et régime financier.......... 119

Chapitre III. — Les enfants à la charge du service.... 135

Chapitre IV. — Les enfants secourus, en dépôt et en garde.. 139

CHAPITRE V. — Les pupilles de l'assistance. — Admission à l'assistance. — Modes d'admission. — Mesures concomitantes à l'admission. Mode d'assistance. — Organisation de la tutelle. — Tuteur. — Conseil de famille. — Fonctionnement de la tutelle. — Protection de la personne. — Administration des biens. — Fin de l'assistance.. 147

CONCLUSION.. 175

BIBLIOGRAPHIE.. 181

Toulouse. — Imprimerie M. BONNET, rue Romiguières, 2.

